Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species.

Von

Dr. jur. August Ubbelohde,
ordentlichem Professor zu Marburg.

Marburg und Leipzig.
N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
1870.

ForTx
U

Herrn

Dr. Georg Julius Ribbentrop,

Geheimem Justizrathe, Ordinarius des Spruchcollegiums
und ordentlichem Professor der Rechte in Göttingen,

zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum

am 25. September 1869

in dankbarer Ehrerbietung.

I.

Fassung der formula depositi in jus concepta.

§. 1. Jeder Versuch, die Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species aufzuklären, wird namentlich das Verhältniß der doppelten Formeln für die actiones depositi und commodati zu berücksichtigen haben. Um aber eine sichere Ansicht über dieses Verhältniß zu gewinnen, ist es nothwendig, zuvor den bei Gajus IV, 47. überlieferten Wortlaut der Formeln festzustellen.

Hinsichtlich der formula depositi in factum concepta waltet meines Wissens hierüber keinerlei Zweifel ob. Die formula depositi in jus concepta hingegen dürfte eine wiederholte Prüfung erheischen [1]).

Die Veroneser Handschrift des Gajus giebt auf fol. 51[b]. (p. 204.) lin. 13—16. die formula depositi in jus concepta nach Göschen, von Bethmann-Hollweg, Bluhme folgendermaßen an:

iudex esto q. $\overline{a\,a}$ $\overline{ap}$ numerium n mensam argenteam deposuisset qua de re agit q'dq́d ob eam rem $\overline{n.}$ $\overline{n}$ $\overline{aa}$ $\overline{d}$ $\overline{fe}$ o ex fide bona eius id iud. $\overline{n}$ $\overline{n}$ $\overline{a}$ $\overline{a}$ condemnato n r s n $\overline{p}$ $\overline{a}$.

Man las hiernach die Formel:

judex esto. quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob

1) Die nunmehr unter I. folgende Untersuchung ist die Umarbeitung eines Aufsatzes, den der Vfr. unter dem Titel „Ueber die Fassung der formula depositi in jus concepta nach Gaj. Comm. IV. §. 47.“ in Haimerl's österreichischer Vierteljahrsschrift für Rechtswissenschaft Bd. 2. Hft. 2. S. 279--289. im Jahre 1858. veröffentlicht hat, der jedoch gänzlich unbeachtet geblieben zu sein scheint, bis auf Rudorff's De juris dictione edictum. Lips. 1869. p. 119 sq.

eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato * * si non paret, absolvito.

Huschke[2]) hat vorgeschlagen, die von den Entzifferern der Handschrift, wie erwähnt, n r gelesenen, aber nicht aufgelöseten Siglen in *nisi restituat* aufzulösen. Für diesen Vorschlag spreche zunächst die Analogie der für die fraglichen Buchstaben in der Schrift des Petrus Diaconus de notis litterarum gegebene Auflösung: non restituerunt[3]). Auch könne es ebenso wenig schaden, diesen Punct aus der allgemeinen Natur der bona fides noch besonders herauszuheben, als ja auch oft Exceptionen in b. f. actiones eingerückt werden, deren Berücksichtigung gleichwohl schon mit der b. f. intentio gegeben sei. Endlich aber scheine die l. 1. §. 21. D. depositi 16, 3.[4]) auf diese Worte der formula depositi eine ausdrückliche Beziehung zu nehmen.

Die vorgeschlagene Auflösung hat sich eines fast ungetheilten Beifalls zu erfreuen gehabt[5]); sie ist namentlich auch in die Ausgaben des Gajus von Lachmann, Böcking, Gneist übergegangen.

Der Einzige, welcher meines Wissens darauf hingewiesen hat, diese Lesung dürfe nicht für absolut gewiß genommen werden, ist

---

2) Studien des röm. Rechts. 1. Bd. Breslau 1830. S. 316.

3) Eine bessere Auctorität hierfür giebt jetzt der Probus der Einsiedler Hdschr. (herausg. von Th. Mommsen in *H. Keil,* Grammatici Latini. Tom. IV. p. 275. nr. 18. *Huschke,* Jurispr. antejust. Ed. 2. p. 74. sub 6) *non restituetur.*

4) *(Ulpian.* libro 30. ad ed.) Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa sit et post judicium acceptum reciperaretur, nihilo minus recte ad restitutionem reum compelli nec debere absolvi, *nisi restituat.* idem Neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, quum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, *nisi restituas,* quia res apud te est etc.

5) S. z. B. Puchta, Instit. Bd. 2. §. 166. Note t; von Savigny, Syst. Bd. 5. §. 216. S. 86. Note t; auch §. 221. S. 124. Note g; Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 42. S. 154. zu Note 53; de jurisd. edictum p. 119. Note 9; von Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilproceß. Bd. 2. §. 94. S. 291 f. Note 79; — Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 5. S. 365. zu Note 10. — u. A. m.

von Keller[6]). Als Zweifelsgründe dagegen macht er geltend: die Sigle n. r. für nisi restituat sei nicht beglaubigt; — es komme von jener Clausel nisi restituat in Actiones auf dare facere oportere sonst kein Beispiel vor; — und es sei endlich doch wenigstens ein Irrthum des Abschreibers denkbar.

Gleichwohl, meint auch von Keller, habe Huschke's Auflösung als Conjectur viel für sich.

Unseres Erachtens dürfte ihr selbst die Wahrscheinlichkeit abzusprechen sein.

Einmal ist es höchst gezwungen, in l. 1. §. 21. cit. eine Beziehung auf die Formelworte zu erblicken. Der ganze Nachdruck liegt hier vielmehr auf dem materiellen Satze, daß der Beklagte die bei ihm hinterlegte Sache restituiren muß, sofern er nur die facultas restituendi, welche ihm im Augenblicke der Litiscontestation ohne seine Schuld gefehlt hatte, vor dem Urtheilspruche wieder erlangt hat. Wie wenig in der That Neratius oder Ulpian beabsichtigt hat, mit den Worten *nisi restituat* auf die Klagformel hinzuweisen, ergiebt sich daraus, daß jene Worte in Verbindung gesetzt sind mit dem absolvi, — nicht, wie man doch erwarten müßte, wenn damit wirklich auf die Fassung, ja, wie von Savigny[7]) meint, sogar auf die Anordnung der condemnatio formulae angespielt werden sollte, mit einem condemnari. Noch bestimmter hebt der Umstand die blos materielle Bedeutung des weitern nisi restituas heraus, daß darauf der, freilich weder bei Huschke noch bei von Savigny abgedruckte, Satz folgt: quia res apud te est[8]). — Auch kann

6) Grundriß zu Vorlesungen über Institt. und Antiquitäten des Römischen Rechts zu §. 131. S. 115 f.

7) a. a. O. S. 86. Note t.

8) Das Gleiche gilt offensichtlich von der, bei von Savigny a. a. O. citirten, l. 3. §. 3. D. commod. 13, 6; und nicht minder von l. 22. i. f. D. dep. 16, 3.

Daß ein derartiges *nisi restituat* jedenfalls nicht mit Sicherheit auf die Formel bezogen werden darf, beweiset l. 7. §§. 4. und 6. D. ad exhib. 10, 4. Denn bei der actio ad exhibendum wurde statt des *nisi restituat* doch wohl *nisi exhibeat* (oder vielmehr *nisi* — oder *si non* — oder *si* — *neque* — *exhibebitur* — s. Note 12[a]. — Benfey, Rhein. Museum für Jurispr. Bd. 4. S. 312. Note 4.) gesetzt. — Noch weniger ist aus derartigen Aeußerungen auf

es einem aufmerksamen Blicke kaum entgehen, daß die l. 1. cit. D. 16, 3. vom §. 15. an gerade die formula depositi in *factum* concepta berücksichtigt. Namentlich gilt dies hinsichtlich der §§. 15[8a]) 16[9]), 17—20[9a]), 22[10])—25[10a]), 27—31, 33[11]) u. s. w. Schon hiernach ist es mindestens bedenklich, im §. 21, welcher mit dem §. 20. im engsten Zusammenhange steht, eine Beziehung auf die formula in jus concepta zu erblicken[12]).

Huschke selbst geräth übrigens, anscheinend, ohne es zu fühlen, mit der Tempusform des *nisi restituat* in Verlegenheit. Soll in der l. 1. §. 21. D. dep. cit. wirklich ein Hinweis auf die Klagformel liegen, so muß freilich auch das Präsens des Conjunctivs als das Formelwort gelten. Und so stellt Huschke, wie wir gesehen haben, die Formel in der That her. Die Sorgfalt hingegen, womit die Römer auch die Zeitformen der Formeln auszuwählen pflegten, würde ohne Frage in solchem Zusammenhange das Futurum erheischen, wie dasselbe für actiones arbitrariae ja durch Beispiele

---

die Anordnung der Formel zu schließen. Bei den actiones arbitrariae, deren die actio ad exhibendum zweifellos eine war, ging das *nisi restituetur — exhibebitur* etc. aller Wahrscheinlichkeit nach dem *quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnato* voran, s. unten den Context zu Note 14.

Was die bei Rudorff, De jurisd. edictum p. 119. Note 9. gemachten Allegate von *Cic.* pro Rosc. Am. 39, 114. l. 14. pr. §. 1. l. 1. §. 32. l. 5. §. 2. l. 22. D. dep. 16, 3. l. 1. l. 10. Cod. eod. 4, 34. beweisen sollen, ist mir nicht klar.

8a) *Desjardins*, Revue historique de droit Français et étranger. 13. année. Paris 1867. p. 135. Dernburg, Compensation 2. Aufl. S. 52. Note 3.

9) Ribbentrop, Correalobl. S. 140. Note 20; von Savigny, Syst. Bd. 5. §. 216. S. 83. Note k; Böcking, Gaii institt. zu IV. 47. ad v. redditam non esse, u. A.

9a) Hinsichtlich des §. 18. *Desjardins* a. a. O. p. 132. zu Note 2; des §. 20. das. p. 135 f.

10) Asher, Ztschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 22. S. 271.

10a) §. 25. Jhering, Das Schuldmoment S. 31. zu Note 62.

11) Asher a. a. O. *Desjardins* p. 136. Ferner §. 38. das. p. 133; — §. 40. von Savigny a. a. O., *Desjardins* p. 136; — §. 41. (nicht 43) *Desjardins* p. 132 f.; — §. 47. Asher S. 271.

12) Direct beziehen auch den §. 21. auf die formula in factum concepta Asher S. 271, 275 f. und *Desjardins* p. 136.

bekundet wird[12a]). Und eben dieses Futurum postulirt an einem andern Orte Huschke selbst für unsre Formel[12b]). Ist aber das Letztere, wie wir nicht bezweifeln können, richtig: so muß das Erstere falsch sein.

Sodann ist es durchaus nicht abzusehen, wozu die Clausel *nisi restituat* bei einer actio bonae fidei genützt habe. Wenn das arbitrium dem Geschwornen, wie Huschke selbst einräumt[12c]), schon kraft der Erwähnung der fides bona zuertheilt worden war: so hätte jene Clausel nur im Interesse des Beklagten gemacht werden können. In diesem aber war sie überflüssig, wenigstens dann, wenn es richtig ist, daß die Proculejaner mit den Sabinianern darin übereinstimmten, bei einer derartigen Klage müsse der Beklagte freigesprochen werden, falls er nur noch vor der Sentenz erfülle[13]). Wäre aber selbst in einzelnen Fällen jene Clausel zweckmäßig gewesen, wie etwa die Einschaltung einer ausdrücklichen exceptio in die formula bonae fidei, — würde es nicht völlig genügt haben, wenn der Prätor sie, wie eine solche exceptio, im einzelnen Falle der Formel einverleibt hätte? wozu sie zu einer ständigen machen? Und als ständige wäre sie doch wohl zu betrachten, wenn wir sie wirklich bei Gajus lesen müßten.

Unstatthaft vollends erscheint Huschke's Vorschlag, insofern es in der Anordnung der einzelnen Formeltheile ganz unerhört ist, daß eine (negative) Voraussetzung des Condemnationsbefehles, wie das *nisi restituat* eine solche bilden würde, dem Condemnationsbefehle nachgesetzt wird[14]).

12a) *Cicero* in Verr. II. 2. c. 12. §. 31. l. 14. §. 11. D. quod met. c. 4, 2. und jetzt auch *Val. Probus* ex cod. Einsidl. N. R. = non restitu*etur*.

12b) Gajus S. 237. Note 113.

12c) Eben daselbst. S. auch unten unter II. zu Note 7—12.

13) cf. *Gaj.* IV. 114. vgl. von Keller, röm. Civilpr. §. 67. a. E. — Hiermit widerlegt sich Puchta's Meinung — Instit. Bd. 2. §. 166. zu Note u —: „Zu dieser ausdrücklichen Einschärfung [des sich von selbst verstehenden Satzes] fand man sich — in diesem Falle hinreichend veranlaßt; es handelte sich um eine Klage, die den Verurtheilten infamirte". Zudem würde dieser Grund auf die formula commodati nicht passen.

14) Vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts. Bd. 2. Abth. 2. §. 47. S. 642. zu Anm. 858. f. (1. Ausg.), s. auch Puchta a. a. O.

Endlich aber, und das betrachte ich als das Schlagendste, genügt jener Vorschlag durchaus nicht dem Erforderniſſe, welches die formula depositi in jus concepta, wie die beiden erſten Göſchen'ſchen Ausgaben des Gajus ſie uns mittheilen, gerade noch unbefriedigt läßt.

Gajus fährt, in unmittelbarem Anſchluſſe an ſeine Darſtellung der beiden Formeln der actio depositi, im nächſten Paragraphen (IV. 48) ſo fort:

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, *ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.*

Deutlicher kann es wohl nicht ausgedrückt werden, daß in der condemnatio formulae der Geſchworne ausdrücklich angewieſen werden mußte, ſeine verurtheilende Sentenz auf eine Geldſumme zu richten, — m. a. W., daß der Condemnationsbefehl ſelbſt ſchon des Geldes, als des Gegenſtandes der etwa eintretenden Verurtheilung, Erwähnung thun mußte [15]). (Ob dieſe Erwähnung auf eine beſtimmte Geldſumme gerichtet war, oder auf eine ſolche, welche erſt noch der Liquidation bedurfte, war gleichgültig) [16]).

In der That finden wir auch in allen uns überlieferten Condemnationsformeln eine ſolche Erwähnung, oder dürfen und müſſen doch dieſelbe mit Leichtigkeit ergänzen [17]). Unſre formula depositi in jus concepta dagegen würde in der Lesart Huſchke's ebenſo wenig eine derartige Ergänzung geſtatten, als ſie jene Erwähnung ſelbſt enthält. Wir würden in ihr die einzige Ausnahme der von Gajus unmittelbar nach ihrer Angabe aufgeſtellten Regel des

---

15) ſ. namentlich auch Huſchke ſelbſt, Gajus, Zugabe. Ueber die Klagformeln in der Lex Rubria S. 233.

16) *Gaj.* IV. 49.

17) S. z. B. *Gaj.* IV. 43. 46. 47. (in der formula depositi in factum concepta) 50. 51. — Nach Huſchke, Gajus S. 241. iſt die letzte der im §. 43. cit. mitgetheilten Condemnationsformeln zu leſen: Judex Nm Nm Ao Ao condemnato et reliqua, ut non adjiciatur: duntaxat X. milia. Nach dieſer, auch von Böcking aufgenommenen, Lesart ſcheint freilich eine Condemnationsformel vorzuliegen, welche die Erwähnung von Geld nicht enthält. Allein, wie Huſchke a. a. O. ſelbſt ausführt, kam es im §. 43. gar nicht auf die Vollſtändigkeit der Condemnationsformel an, namentlich nicht in der für uns augenblicklich fraglichen Rückſicht.

§. 48. cit. haben. Diese Ausnahme würde um so bedeutsamer erscheinen, als jene Formel das Muster der ganzen großen Classe der actiones bonae fidei ist, — ja, abgesehen von dem Zusatze: ex fide bona, das Muster sämmtlicher aus Contracten oder Quasicontracten entspringenden actiones civiles incertae, soweit denselben nicht etwa eine taxatio beigefügt wurde. Läßt sich annehmen, daß Gajus diese Ausnahme als solche nicht bezeichnet habe?

Kaum möchte mithin ein Schluß gerechtfertigter, ja nothwendiger erscheinen, als derjenige, daß in der Formel, wie sie uns vorliegt, die Erwähnung des Geldes zu ergänzen sei.

Auch Huschke will diese Ergänzung vornehmen[18]). Aber nur in Gedanken. Indem er nämlich aus den zweifellosen Zügen der Veroneser Handschrift das *id* zwischen *ejus* und *judex* ausmerzt und demnach lieset:

quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet[19]) ex fide bona, ejus, judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato —

will er zu dem ejus — condemnato ein *pecuniam* hinzuverstehen.

Allein, abgesehen von Anderm[20]), — mit dem „Hinzuverstehen" ist's hier nicht gethan: Omnium — formularum, quae

18) Gajus-S. 233.

19) In seinen Ausgaben lieset er jetzt dare facere paret oportere, was auch die fünfte Böcking'sche Ausgabe aufgenommen hat. Die Sigle fe kömmt nirgends anderswo für facere vor und kann aus fp (= facere paret) corrumpirt sein. Nöthig ist übrigens das „paret" in der Intentio nicht, wie nicht nur die Klagformeln der lex Rubria c. 20. beweisen, sondern auch *Gaj.* p. 108. lin. 21 sq. (II. 108.)

20) Die Tilgung des *id* sucht Huschke a. a. O. S. 234. folgendermaßen zu rechtfertigen.

1) Nach der Lesart der Hdsch. müsse das ejus zu ex fide bona gezogen werden. Nun werde niemals anderwärts ein solches *ejus* zu dem *ex fide bona* hinzugefügt. — Aber bei den dürftigen Ueberlieferungen der Formeln im allgemeinen will dies Bedenken nicht viel verfangen, um so weniger, weil das fragliche *ejus* nur im Zusammenhange der ganzen intentio verständlich ist, eine ganze intentio einer actio bonae fidei gerade nirgends anderswo, als in unserm §. 47, uns mitgetheilt wird. vgl. z. B. *Cicero* top. 17. §. 66. de off. III. 15. §. 61. 16. §. 66. 17. §. 70. u. s. w. cf. l. 54. pr. D. locati 19, 2.

Sodann sei es auch gar seltsam, die Verpflichtung zum Leisten nach dem Gewissen dessen in Anspruch zu nehmen, der eben, indem er sich belangen lasse,

condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio *concepta* est —! Und weshalb hätte wohl der Prätor,

zu erkennen gebe, daß er nach seinem Gewissen nicht verpflichtet sei. — Aber bona fides mea heißt nicht: mein Gewissen schlechthin, sondern mindestens: mein Gewissen, wie es sich verhält, wenn es ein gutes, ein gerechtes Gewissen ist. Doch auch dies ist unpassend. Fides bona heißt in der hier fraglichen Anwendung die Treue und Rechtschaffenheit im Verkehre — ut inter bonos bene agier oportet. Bekanntlich werden die Vorschriften dieser Rechtschaffenheit im einzelnen durch die Verhältnisse des concreten Falles bestimmt, welche ihrerseits wiederum von der Persönlichkeit der Handelnden und deren Beziehungen zu einander bedingt sind. Sonach würde bona fides *mea* den Inbegriff desjenigen bezeichnen, was ich nach meiner Persönlichkeit, gemäß den Vorschriften des Verkehrs rechtschaffner Leute, im einzelnen Falle zu leisten schuldig bin, — dasjenige Verhalten, welches mir unter den obwaltenden Verhältnissen den Namen eines rechtschaffenen Mannes verdienen nnd bewahren würde. In der That haben die Römer jenen Ausdruck im angegebenen Sinne gebraucht. *Dionys.* Antiqq. IX. 10. — *ὤμοσε τὸν ἐπιχώριόν τε Ῥωμαίοις καὶ κράτιστον ορκον, τὴν ἀγαθὴν ἑαυτοῦ πίστιν.* Die subjective und individuelle Beziehung der bona fides bezeugen viele Quellenstellen, so z. B. *Paull.* R. S. I; 4, 1. l. 56. §. 2. D. mand. 17, 1. (omnis temporis bonam fidem). l. 5. §. 7. l. 33. pr. D. de adm. tut. 26, 7. l. 29. §. 4. D. mand. 17, 1. l. 35. l. 52. §. 1. vbb. mit l. 36. und l. 40. D. pro soc. 17, 2. l. 68. pr. D. de C. E. 18, 1. l. 14. §. 6. vbb. mit §§. 10. 13. D. de relig. 11, 7. l. 11. D. depos. 16, 3. u. s. w. Aehnlich wird auch fides allein gebraucht. l. 4. D. de eo, qui pro tut. 27, 5. (Hinsichtlich der Rücksichtnahme auf die individuellen Umstände in obligationes bonae fidei s. z. B. l. 32. D. dep. 16, 3. l. 3. §. 9. l. 11. l. 15. D. de N. G. 3, 5. l. 38. pr. l. 54. pr. D. mand. 17, 1. l. 25. D. de pign. act. 13, 7. cf. l. 38. D. de R. V. 6, 1. u. s. w.) Die Beziehung der bona fides auf die Person des Schuldners erscheint somit durchaus zulässig. — Weit zweifelhafter ist es mir freilich, ob es dann nicht heißen müßte: ex fide bona *sua*, wie Rudorff, De jurisd. edictum p. 119. Note 8. gegen meine frühere Ausführung behauptet.

2) Die Formeln des cap. XX. der lex Rubria, in denen die Siglen E. J. zu lesen seien ejus judex — (condemnato), nöthigen uns, in unserm §. 47. das id zu streichen und das ejus auf das condemnato zu beziehen. Es sei dem Abschreiber hier dasselbe begegnet, was sonst oft genug vorkomme, daß er zuerst die Abkürzung (denn JD bedeutet Judex nach Petrus) und dann das ausgeschriebene Wort selbst gesetzt habe. — Was den letzten Punct anbelangt, so kommt in der Veroneser Hdschr. des Gajus, ausweislich der Siglenverzeichnisse, die Sigle JD überhaupt nicht vor. Und gewiß wäre es auffallend, wenn zwei verschiedne Abkürzungen desselben Wortes (id und iud. für judex), nicht etwa eine Abkürzung und das ausgeschriebene Wort selbst, unmittelbar nach einander gesetzt sein sollten. — Die Analogie der Formeln in der lex Rubria aber

dem es ja keineswegs vorwiegend an Gefälligkeit des Ausdrucks lag, in unsrer Formel die Erwähnung des Geldes ausgelassen, welche man gleichwohl in die Construction der Formel hineindenken müßte —?

---

würde selbst dann nicht beweisend sein, wenn es feststände, daß jenes E. J. mit *ejus judex* richtig aufgelöset worden wäre. Freilich pflegt die Gerichtssprache, namentlich, wenn sie in Formeln fixirt ist, den Veränderungen der Verkehrs- und der Schriftsprache einen zähen Widerstand zu leisten. Allein es ist anderseits nicht außer Acht zu lassen, daß zwischen der lex Rubria und den Commentaren des Gajus der Zeitraum von zwei vollen Jahrhunderten liegt; und daß in diesen Zeitraum die Redaction des edictum perpetuum durch Julian fällt, auf welcher die endgültige Fassung der Formeln beruht. So finden wir denn auch sonst Aenderungen der Formeln innerhalb jenes Zeitraumes bezeugt. S. z. B. l. 1. D. quod met. 4, 2. vgl. mit *Cic.* in Verr. II, 3; c. 65. §§. 152 sq. ad Quint. fratr. I; 1, 7. Rudorff, De jurisd. edictum §. 38. Note 3. — l. 26. §. 7. D. ex quib. c. maj. 4, 6. Rudorff, §. 42. Note 14. — l. 1. §. 1. D. commodati 13, 6. Rud. §. 99. Note 3. — [l. 2. pr. §. 7. D. vi bon. 47, 8. pr. J. eod. 4, 4. vgl. mit *Cic.* pro Tull. 2, 7. 13, 31. Keller, Semestr. I. p. 577—84. Rein., Privatr. S. 742 f. Rudorff, RG. Bd. 2. §. 109. S. 363. A. M. Rudorff, De jurisd. ed. §. 185.] — l. un. pr. D. de ripa mun. 43, 15. vgl. mit *Gell.* XI. 17; 1, 2. Rudorff, §. 240. — *Gaj.* IV, 154. l. 1. pr. §. 39. D. unde vi 43, 16. vgl. mit *Cic.* pro Tullio 19, 44 sq. (12, 29) pro Caec. 19, 55. 30, 87. — 32, 93. v. Keller, Instit. S. 42. A. M. Rudorff a. a. O. §. 241. Note 4. und 5. — l. 4. pr. D. de itin. actuque priv. 43, 19. Rud. §. 251. — *Gaj.* IV. 84. 98. vgl. mit *Cic.* pro Rosc. Com. 12, 35. in Verr. II, 2; 23, 55. Brut. 5, 18. ad fam. 13, 28. cf. l. 14. l. 15. l. 23. D. rat. rem. 47, 8. l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1. u. s. w. v. Keller, röm. Civilpr. §. 57. Note 673. (2. Ausg.) Rudorff, §. 305. — In der That weicht auch die Anordnung jener Formeln der lex Rubria selbst in mancher Beziehung von der Anordnung der bei Gajus mitgetheilten Formeln ab. So hebt Huschke selbst S. 226 f. als etwas jenen Formeln ganz Eigenthümliches die Verflechtung ihrer, von ihm so genannten, facti intentio mit ihrer condemnatio heraus. So ist es ferner in ihnen durchaus abweichend von den gajanischen Formeln, daß das *duntaxat* dem *judex* vorangeschickt wird. *Gaj.* IV. 43. 51. Und somit ließe sich auch die hier in Rede stehende Abweichung *ejus — condemnato* einer- und des *id — condemnato* anderseits sehr wohl als zulässig annehmen. (Uebrigens dürfte es immerhin denkbar bleiben, daß Huschke's Erklärung der Formeln in der lex Rubria gerade in der fraglichen Rücksicht nicht das Richtige getroffen hätte. Um nur Ein Bedenken anzuführen: Huschke selbst zieht S. 237, wie es aus sachlichen Gründen nothwendig ist, die von ihm *dumtaxat* HS gelesenen Siglen zu dem spätern *condemnato;* nach dem Wortlaute der Formel dagegen, wie er sie S. 206 f. giebt, kann jene taxatio kaum anders als zu dem vorangehenden dare facere oporteret ex f. b. gezogen werden).

In dieser Hinsicht also ist das ejus-condemnato, wie Huschke es will, ebenso ungenügend, als das *id-condemna*, wie es die Veroneser Handschrift aufweiset.

Da nun aber nicht füglich zu bezweifeln ist, daß auch die formula depositi in jus concepta des §. 47. cit. in ganzer Vollständigkeit vorliegt: so sind wir gezwungen, irgendwo in dieser Formel die Erwähnung des Geldes zu suchen.

Und da ist es gewiß nicht blos das Nächstliegende, sondern wohl das einzig Zulässige, jene Erwähnung eben in der zweifelhaften Sigle n. r. zu vermuthen.

Steht nun damit deren allgemeiner Inhalt fest, so fragt es sich jetzt noch um die Bestimmung der einzelnen Wörter.

Vielleicht möchte man, unter Bezugnahme auf Gaj. IV. 51., daran denken, zu lesen: d. X. (= dumtaxat decem) oder dergl. Allein, nicht nur, daß die in unserm §. 47. in Parallele zur formula in jus concepta mitgetheilte formula in factum concepta eine condemnatio infinita zeigt, — es haben auch die bei Gajus IV. 43. und 51. uns überlieferten Formeln einer condemnatio cum taxatione diese taxatio vor dem condemna. Entscheidend aber sprechen gegen diese Lösung die Züge der Handschrift, welche solange maßgebend bleiben müssen, als sich mit ihnen ein guter Sinn vereinigen läßt.

Nichts indessen hindert uns, statt des nr, welches die Entzifferer der Handschrift gelesen, aber nicht erklärt haben, ein np als das in der That Geschriebne anzusehen. Ein Blick auf die Nach-

---

Unterstützt endlich wird das *id — condemnato* des §. 47. durch Huschke's eigne Bemerkung S. 233: „daß die Römer in den Formeln und wo sie sonst eigentlich und förmlich sprechen, das, worauf Jemand verurtheilt wird, immer in den Accusativ zu setzen pflegten". *Gaj.* IV. 47, 50, 51.

Weshalb aber sollte sich ein *pecuniam* oder dergl. nicht ebenso gut zu einem *id*, als zu einem *ejus* hinzudenken lassen? —

Lesen wir jedoch *ejus*, so muß dies nicht von dem Gegenstande verstanden werden, worauf die Verurtheilung geht, sondern von dem Grunde, weswegen sie eintritt. Dann vollends erscheint die ausdrückliche Erwähnung des baaren Geldes, worin verurtheilt werden soll, als unerläßlich.

Gaj. IV. 51. (p. 205. lin. 12.) ist es mit den Zügen der Hdschr. mindestens ebenso gut vereinbar, zu lesen: *id judex* — als: *ejus judex*.

bildung der einzelnen Buchstaben der Veroneser Handschrift des Gajus zeigt, daß darin r und p sich nur durch einen kleinen Strich am r unterscheiden, welcher leicht vom Abschreiber sowohl irrig hinzugefügt, als weggelassen, und namentlich bei dem bekannten Schicksale der Handschrift infolge der Rescribirung sowohl hinzukommen als verschwinden konnte. Es lassen deshalb die Scheden der Entzifferer gar oft zweifelhaft, ob sie ein p oder ein r gelesen haben[21]).

Nach dem oben Gesagten drängt sich für das p die Entzifferung *pecunia* von selbst auf. Und die Sigle p für pecunia findet sich auch durch das Siglenverzeichniß der großen Göschen'schen Ausgaben beglaubigt. Freilich kömmt sie danach nur ein einziges Mal vor, nämlich p. 164. v. 24. Gajus III. 141[22]). Allein für dieses Eine Mal wird sie durch die entsprechende Stelle der Justinianeischen Institutionen, §. 2. de emto et vendito. 3, 23., völlig außer Zweifel gestellt.

Der Zusammenhang, *numerata pecunia*, worin jene Sigle dort erscheint, giebt uns zugleich für das n die Lösung an die Hand. Daß an jener Stelle das numerata voll ausgeschrieben steht, erklärt sich durch den Nachdruck, der gerade auf diesem Worte liegt. Uebrigens dürfte auch die Sigle n für numerata, und zwar wiederum in Verbindung mit pecunia, in der Handschrift des Gajus vorkommen, nämlich p. 205. lin. 3. (*Gaj.* IV. 48). Hier wird pec. n. durch *pecuniam numeratam* aufzulösen sein. Die bisherige Auflösung in pecuniam ist nicht allein nirgends beglaubigt, sondern um so auffallender, da eine Zeile später pecuniae durch die sehr gewöhnliche Sigle pec wiedergegeben ist. Die von uns vorgeschlagene Auflösung dagegen rechtfertigt sich ohne weiteres durch den Zusammenhang der Stelle, wonach im Gegensatze zu der streitigen

---

21) Aus Böcking's apographum ist dies leicht zu ersehen. Beispielsweise kömmt es auf den ersten 30. Seiten vor: p. 5. lin. 1. p. 7. l. 24. bis. p. 8. lin. 24. bis. p. 11. l. 18. p. 15. l. 3. bis. p. 20. l. 6. bis. l. 12. p. 21. l. 8. p. 22. l. 2. p. 25. l. 3. l. 6. p. 29. l. 4. p. 30. l. 11. 13. und ferner p. 198. l. 2. bis. l. 24. bis p. 200. l. 3. bis. l. 17. bis. p. 201. l. 2. p. 202. l. 3. u. s. w.

22) pretium in numerata pecunia consistere debet.

Sache selbst aller Nachdruck auf pecuniam numeratam (gemünztes Geld) fallen muß[23]).

Die Sigle np für numerata pecunia an sich hat schwerlich ein Bedenken gegen sich[24]). *Pecunia numerata* in der Bedeutung gemünztes, baares Geld ist ein so gewöhnlicher Ausdruck, daß auch ohne weitere Beglaubigung jene Abkürzung durchaus glaublich erscheint, — vollends in dem ständigen Theile sehr gebräuchlicher Formeln[25]).

Es ist mir lieb, diesen meinen Vorschlag durch Heffter's Auctorität stützen zu können. Dieser hat denselben in seiner Ausgabe des Gajus bereits im Jahre 1830 gemacht[26]). Allerdings hat er selbst ihn schon in der Einleitung dieser Ausgabe stillschweigend zurückgenommen, indem er dort, neben andern Emendationen und Conjecturen Huschke's aus dessen „Studien", die während des Druckes der Heffter'schen Ausgabe erschienen waren, auch die Auflösung des vermeintlichen nr in nisi restituat gutheißt. So wird es sich erklären, daß Heffter's eigner Lösungsversuch, gewissermaßen als todtgeboren, in den spätern Ausgaben des Gajus, mindestens in den maßgebenden, gar nicht einmal erwähnt worden ist[27]). Vielleicht gelingt es gegenwärtig, ihn ins Leben zurückzurufen.

---

23) Gaj. III. 90. (p. 151. lin. 9) ist pecunia numerata ausgeschrieben; — II. 260 (p. 121. lin. 15.) dagegen hat, wo die entsprechende Stelle der Justinianeischen Institutionen — pr. de sing. reb. p. fideic. 2, 24 — pecuniam numeratam lieset, nur pecuniam. Doch giebt Böcking's Apographum über dem u und über dem e des folgenden et ein Fragezeichen. Sollte hier eine Abbreviatur von pecuniam numeratam gestanden haben?

24) S. auch *Val. Probus* §. 5. P. C. = pecunia constituta.

25) Am meisten erinnert uns an unsern §. 47. die l. 13. §. 1. D. de re jud. 42, 1. (Celsus.) — *in pecuniam numeratam* condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. — Hiermit vollends ist der Grund beseitigt, den Rudorff, De jurisd. edictum §. 110. Note 10. meiner Lesung entgegenhält: nirgends werde der Ausdruck *numerata pecunia* in Formeln erwähnt, — ein Einwand, der, wenn er überhaupt zulässig wäre, mit völlig gleicher, ja mit größerer Schwere gegen das *nisi restituat* ins Gewicht fallen müßte.

26) Comment. IV. ad §. 47. Note 29: „Cod. *nr*: An *np*? numerata pecunia?

27) Und darin mag denn auch eine Entschuldigung für mich liegen, daß

Die ganze formula depositi in jus concepta würde danach so lauten:

Judex esto. Quod Aulus Augerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus, [*id*,] *judex*, *Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato numeratâ pecuniâ*[28]); si non paret, absolvito.

II.

Versuche, das Dasein der doppelten Klagformeln ex deposito und commodato dogmatisch zu erklären.

§. 2. Einleitung.

Die Versuche, das Dasein des doppelten Formulares für die actiones depositi und commodati zu erklären, sind bisher vorwiegend dogmatisch gewesen[1]).

Wäre nun auch der eine oder der andre dieser verschiednen Versuche befriedigend zu nennen, so würde damit noch keineswegs ausgeschlossen sein, daß jenes doppelte Formular zugleich auch auf historischem Grunde beruhete. Es könnte ja derjenige praktische Zweck, welchem das eine der beiden Formulare diente, erst später anerkannt worden sein, als der Zweck, dessen wegen das andre Formular schon längst gebraucht wurde.

Sollte sich jedoch zeigen lassen, daß auf dogmatischem Wege eine Lösung unsrer Aufgabe überhaupt nicht gefunden werden könne:

---

mir derselbe anfangs entgangen war, ich vielmehr gewähnt habe, diesen Vorschlag, der allerdings ganz selbständig von mir ersonnen worden, auch zuerst zu machen.

28) Bessern Kennern der lateinischen Sprache will ich es anheimgeben, zu entscheiden, ob es vielleicht richtiger sei, (namentlich, wenn man vorzieht: *ejus* — condemnato —) zu lesen: numerat*am* pecuni*am*. Mir kömmt es nur darauf an, in die Formel und zwar an die Stelle des nr oder np eine Erwähnung des Geldes zu bringen. Für den Ablativ vgl. etwa lex Rubria c. 22. z. Anf. de qua re *omni pecunia* ibi jus dici etc. debebit etc.

1) Vgl. Wächter, Erörterungen. Heft. 2. S. 37. Note 8. „Natürlich liegt der Grund in eigenthümlichen praktischen Folgen und Verschiedenheiten, welche jede dieser Formeln hatte."

so wäre damit die Nothwendigkeit ihrer historischen Beantwortung dargethan.

Und zu diesem Ende wollen wir uns jetzt einer Kritik der bisher gemachten dogmatischen Erklärungsversuche unterziehen.

Besserer Uebersicht wegen stellen wir diejenigen Versuche, welche geradezu irrig erscheinen, denjenigen voran, welche zwar an sich richtige Unterschiede angeben, aber unzureichend sein dürften.

A. Versuche, welche geradezu als irrig erscheinen.

I. Versuche, welche die Verschiedenheit der Formeln auf verschiedne objective Voraussetzungen zurückführen.

§. 3.

1) Der Gedanke, die formula in jus concepta einem depositum oder commodatum juris civilis, die formula in factum concepta einem depositum oder commodatum juris gentium zu überweisen, widerlegt sich durch die bekannte Thatsache, daß beide Contracte durchweg juris gentium sind. Er ist deshalb wohl niemals ernstlich gehegt worden [1a]).

§. 4. Fortsetzung (Rudorff).

2) Dagegen hat anscheinend Rudorff [2]) die formula depositi in jus concepta der fiducia depositi causa cum amico contracta,

1a) S. Heffter, Observatt. zu *Gaii* Icti Institt. comm. quartus. Cap. XII. p. 55.

2) Röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 50 zu Note 30. S. 172. Die Verweisung auf Puchta, Einfluß. Bd. 1. §. 13. und Wächter, Erört. Heft 2. S. 37. scheint darauf hindeuten zu wollen, daß, im Gegensatze zu dem blos vom Prätor geschützten Anspruche, (und abgesehen von einer Fiction) nur ein civilrechtlicher Anspruch i. d. S. der formula in jus concepta fähig war. — Oder soll sich die Aeußerung: „Die doppelte Formel war nöthig für die Uebergabe mit oder ohne Rechtsübertragung" nur auf die das. S. 171. aufgestellte Formel einer vindicatio fiduciae einer= und die formula hypothecaria anderseits beziehen? (Beiläufig gesagt, sehe ich ein praktisches Bedürfniß für jene vindicatio fiduciae nicht; die ganz gewöhnliche vindicatio dürfte hier nach allen Seiten hin ausgereicht haben.) — Oder ist die fragliche Aeußerung historisch so zu verstehen, daß, bevor Depositum, Commodatum, Pignus Contracte geworden waren, die formula in factum concepta für sie nöthig war? — Rudorff scheint diese Ansicht wieder aufgegeben zu haben. De jurisd. edictum §. 99 Note 4. §. 110. Note 17. Addenda et emendanda zu p. 119.

die formula depositi in factum concepta dem gewöhnlichen Depositum mit Uebertragung der bloßen Detention (oder des juristischen Besitzes) zuerkannt, wie er, im Gegensatze zur actio fiduciae in personam, eine von ihm angenommene actio pigneratitia in factum als diejenige Klage bezeichnet, womit der Verpfänder nach Tilgung des Pfandnexus die res pignori data vom Pfandgläubiger zurückgefordert habe. Wie es mit der Doppelformel der actio commodati sich verhalte, — ob auch eine fiducia commodati causa angenommen werden müsse, für welche die formula commodati in jus concepta bestimmt gewesen, — das sagt Rudorff nicht.

Aber wenn gleich ein blos vom Prätor geschützter Anspruch ohne Fiction mit einer intentio in jus concepta nicht geltend gemacht werden konnte, so mußte doch wohl für jedes civilrechtliche Verhältniß, dem der Prätor den Formelschutz nicht versagte, eine intentio in jus concepta anwendbar sein. Und derartige civilrechtliche Ansprüche haben zur Zeit des Gajus Depositum und Commodatum als Contracte doch wohl auch dann begründet, wenn sie nur die, als solche gänzlich schutzlose, Detention übertrugen, ebenso wie der *contractus* pigneratitius es that, obschon das Verhältniß des Pfandgläubigers zum Pfandobjecte nur prätorischen Schutzes genoß.

§. 5. Fortsetzung. (Thon.)

3) Gestützt auf Huschke's Lesart *nisi restituat,* nimmt Thon[3]) an, die formula in jus concepta als arbitraria habe nur dann erhoben werden können, wenn der Schuldner entweder noch im Besitze der deponirten oder commodirten Sache gewesen sei, oder deren Nichtbesitz arglistig verschuldet habe. Als Ergänzung zu ihr habe die formula in factum concepta gedient, welche, weder arbitraria noch auf Rückgabe der Sache gerichtet, lediglich bezweckt habe, das Interesse des Gläubigers gegen solche dolose Handlungen des Schuldners zu schützen, deren wegen die civile Klage nicht zuständig gewesen, z. B. gegen eine dolose Beschädigung, welche der Depositar der ihm anvertraueten Sache zur Zeit seines Besitzes zugefügt habe u. s. w.

---

3) Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 2. S. 297 ff.

Abgesehen einstweilen von allen denjenigen Einwänden, welche sich gemeinsam gegen diese wie gegen die Ansicht Huschke's richten lassen [4]), von welcher die erstere nur eine weitere Ausbildung ist, zerfällt dieselbe schon deshalb, weil es gänzlich unerwiesen und unerweisbar ist, daß die formula in jus concepta nur zulässig gewesen sei, wenn der Beklagte besaß oder dolo malo zu besitzen aufgehört hatte. Die Beschränkung einer Haftbarkeit auf diese beiden Voraussetzungen ist nur da statthaft, wo die Verbindlichkeit überhaupt lediglich auf einem Verhältnisse zu einer Sache beruht, wie z. B. bei der rei vindicatio, der actio ad exhibendum. Depositum und Commodatum hingegen sind jedenfalls im Rechte der classischen Zeit Contractsobligationen, — die freilich, als Realcontracte, behufs ihrer Begründung ein bestimmtes Verhältniß zu einer Sache erfordern, ihren Inhalt jedoch durch den Vertragswillen der Parteien empfangen. Sofern nun gemäß jenem Contractswillen dem Depositar und Commodatar Verpflichtungen auferlegt werden können, welche unabhängig von der Fortdauer des Besitzes der deponirten und commodirten Sache sind, so müssen auch diese Verpflichtungen an sich mitinbegriffen sein in der intentio in jus concepta: quidquid ob eam rem Numerium Aulo dare facere oportet —. Dies leugnen, hieße Depositum und Commodatum aus der Reihe der Contracte streichen und die civilrechtliche Verbindlichkeit des Depositars und Commodatars zu einer Zustandsobligation nach Art der, prätorischen, obligatio ad exhibendum stempeln. Muß man jedoch somit zugeben, daß auch hier das dare facere oportere an sich unabhängig von der Fortdauer des Besitzes der deponirten oder commodirten Sache zu sein vermöge: so ist schwer zu begreifen, weshalb dies nicht mehr der Fall sein könne, wenngleich der Formel ein nisi restituat beigefügt worden wäre [4a]).

§. 6. Fortsetzung. (Rudorff.)

4) Wenigstens als einen Nebenzweck bei der Aufstellung der formula in factum concepta bezeichnet es, wenn ich ihn recht ver-

---

4) S. unten.

4a) Gegen Thon auch Krüger, process. Consumption. S. 22. Note 10.

stehe, Rudorff[4b]) gegen einen Pupillen bis zum Betrage seiner Bereicherung eine Klage zu gewähren aus einem Geschäfte, welches derselbe ohne auctoritas tutoris abgeschlossen hatte.

Allerdings hat es einen gewissen Schein für sich, daß hierzu die formula in jus concepta in ihrer regelmäßigen Gestalt nicht tauglich gewesen sei, selbst nicht mit der Beschränkung der condemnatio: in quantum locupletior factus est. Denn streng genommen erwies sich die demonstratio als falsch. Es war eben kein Depositum, kein Kauf u. s. w. zustande gekommen. — Allein steht nicht dasselbe Bedenken der formula in factum entgegen, deren intentio ebenfalls ein deposuisse etc. zeigen mußte?[4bb]).

Anderseits scheint es ganz unbedenklich, auch beim Pupillen bis zum Belaufe seiner Bereicherung ein civilrechtliches eum dare facere oportere anzunehmen, — um so mehr, da diese Verbindlichkeit auf einem Rescripte von Antoninus Pius beruht[4c]). Und wie die Römer aus dem an sich nichtigen Kaufvertrage über eine res extra commercium oder über eine nicht existirende Sache unter Umständen die Contractsklage mit der demonstratio: quod — emit — auf Entschädigung gewährten[4d]): so werden sie vermuthlich keinen Anstoß daran genommen haben, daß der Pupill, der, auch abgesehen von der Bereicherung, wenigstens naturaliter obligirt ist, bis zum Betrage seiner Bereicherung mit einer Formel belangt wurde, deren demonstratio auf quod *deposuit* u. s. w. lautete. Wenn

4b) Röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 50. S. 172. zu Note 32. „Die doppelte Formel war nöthig — (s. oben Note 2.) nebenbei für — die Verpflichtungen eines Pupillen ohne Auctoritas". Note 32 das. L. 1 §. 2. l. 3. pr. D. commod. 13, 6.

4bb) S. Bekker, process. Consumption. S. 41.

4c) L. 3. §. 4. D. de N. G. 3, 5. l. 1. pr. l. 5. pr. D. de auct. tut. 26, 8. l. 3. pr. D. commod. 13, 6. cit.

4d) L. 34. §. 1. l. 62. §. 1. D. de C. E. 18, 1. §. 5. J. de empt. et vend. 3, 23. l. 8. u. 9. D. de hered. vend. 18, 4. — cf. l. 8. §. 1. D. de relig. 11, 7.

S. freilich auch l. 4—6. pr. l. 34. cit. §. 2. l. 70. D. de C. E. 18, 1. l. 44. pr. D. de usurp. 41, 3. l. 39. §. 3. D. de evictt. 21, 2.

4e) L. 3. pr. D. commod. 13, 6. l. 66. D. de solutt. 46, 3. S. *Desjardins*, Revue hist. p. 135. Note 2. — v. Keller, röm. Civilpr. §. 89. Note 121. a. E. (2. Ausg.) versteht die utilis actio der l. 3. pr. cit. von der

diese Klage als *utilis* bezeichnet wird[4e]), so braucht damit nichts Weiteres gesagt zu sein, als daß sie wirksam sei.

Jedenfalls also erhellt keine Nöthigung, zu dem fraglichen Zwecke die formula in factum aufzustellen.

Dürfen wir aber annehmen, daß diejenige Conception der formula in factum, welche Gajus für das Depositum anführt, nicht blos eine von beliebig vielen, nach den Umständen wechselnden, Variationen dieser Formelart für das Depositum, sondern der im wesentlichen unveränderliche Wortlaut derselben gewesen sei: so möchte der directe Gegenbeweis gegen Rudorff's Meinung in der, von ihm nicht allegirten, l. 1. §. 15. D. dep. 16, 3. liegen.

> An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit; nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, etsi dolus non intervenit.

Denn, wenn auch die erste Hälfte dieser Stelle sicherlich gerade von der formula depositi in factum concepta handelt[4f]), so ist es, von unserer Voraussetzung aus, ganz unmöglich, auch die zweite Hälfte der Stelle auf eben diese Formel zu beziehen. Ja, die Argumentation der Stelle bekömmt erst dann einen rechten Zusammenhang, wenn wir ihren Schlußsatz von der formula in jus concepta verstehen. Was nämlich für den Fall der Frage Zweifel erregen konnte, war nur das Wort deposuisse der formula in factum con-

---

Aenderung der regelmäßigen condemnatio durch den Zusatz: in quantum locupletior factus est.

4f) Vgl. l. 1. §. 2. D. commod. 13, 6., wie l. 1. §. 15. D. dep. 16, 3. cit. aus Ulpian's Edictscommentare. Die formula in jus concepta war sowohl für das Commodat wie für das Depositum hier unanwendbar: denn aus dem Geschäfte war ein dare facere oportere für den Pupillen nicht erwachsen. Die formula depositi in factum concepta hingegen, welche auf ein doloses Handeln lautete, konnte ohne Bedenken stattfinden. Anders die formula commodati in factum concepta, welche vermuthlich auf *culpa* non redditam esse rem lautete. Eine derartige Fassung nämlich wurde unvermeidlich auf die culpa in non faciendo mitbezogen; zu deren Prästation jedoch war der Pupill nicht verbunden, weil er überhaupt zu einer positiven Leistung nicht verpflichtet war. Er wurde dies auch selbstverständlich nicht durch Ablauf der Zeit, welcher ihm die Pubertät gab. Vgl. *Desjardins,* Revue historique. 1867. p. 134 f.

cepta. Stand es jedoch fest, daß, im Falle der Bereicherung das quod deposuit in der demonstratio der formula in jus concepta kein Bedenken erregen dürfe: so war es durchaus schlüssig, mit der Berufung auf diese Thatsache auch jenen Zweifel zu widerlegen [4g]).

II. Versuche, welche die Verschiedenheit der Formeln auf verschiedne Absichten des Klägers zurückführen.

§. 7. (Keller u. A.)

1) Vor Huschke's Vorschlage, jenes nr der formula in jus concepta in *nisi restituat* aufzulösen, fand die Ansicht Beifall, die formula in factum concepta sei als arbitraria auf Naturalrestitution, die formula in jus concepta einfach auf das Geldinteresse gegangen [5]).

Auf jenes nisi restituat können wir uns hiergegen allerdings nicht berufen [6]).

Allein so wenig in den Worten der formula in factum concepta eine Vorschrift für den Geschwornen lag, der pecuniaria condemnatio ein arbitrium de re restituenda voraufgehen zu lassen, — so wenig war sowohl bei dieser als bei der formula in jus concepta eine solche Vorschrift nöthig. „Was bei den arbitrariis actionibus dem Richter durch die formula besonders erlaubt werden mußte, dazu war er bei den actionibus bonae fidei, wenigstens bei denen, die auf ein restituere gehen, schon von selbst auctorisirt. Ob die formula in jus oder die formula in factum concepta war, machte dabei keinen Unterschied" [7]).

§. 8. Fortsetzung. (Huschke.)

2) Umgekehrt hat Huschke [8]) behauptet, die Naturalrestitution

4g) Vgl. übrigens l. 1. §. 47. D. dep. 16, 3.

5) Keller, Litiscontest. S. 357 f. Note 3. Zimmern, Röm. Civilpr. §. 68. S. 212. Hasse, Rhein. Museum für Jurispr. Bd. 6. S. 33 ff.

6) Vgl. von Savigny, Syst. Bd. 5. §. 216. S. 86.

Auch von der Untersuchung sehen wir ab, ob schon zu classischer Zeit der arbitratus judicis direct habe erzwungen werden können.

7) Ribbentrop, Correalobl. S. 218. Note 9. Vgl. Puchta, Institt. Bd. 2. §. 166. Note u.

8) Gajus, S. 237 f. Note 113. — und nach ihm Thon, Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 5. S. 297 ff.

der deponirten oder commodirten Sache habe nur mittels der actio in jus concepta erzielt werden können, weil ohne einen darauf gehenden Zusatz in der Formel (hier eben jenes nisi restituet oder dergl.) der Richter die Restitution nicht befehlen dürfen. Die actio in factum concepta sei also besonders dann gegeben worden, wenn die Sache nicht habe restituirt werden können, oder der Kläger an der Restitution kein Interesse gehabt habe.

Soweit diese Ansicht sich auf das vermeintliche *nisi restituat* der formula in jus concepta stützt, wird sie hinfällig mit dem Nachweise, daß jene Conjectur irrig sei.

Doch auch hiervon abgesehen, bezeichnet Huschke's Unterscheidung nur, wozu die formula in factum concepta nicht anwendbar war, nicht jedoch, zu welchem positiven Behufe sie aufgestellt worden sei. Eine Erklärung für das Dasein der doppelten Formel enthält sie mithin keineswegs.

Jedenfalls aber würde gegen sie in gleicher Weise gelten, was vorhin schon bemerkt worden ist, daß nämlich bei actiones bonae fidei auf ein restituere auch ohne weitere Auctorisation, als diejenige der gewöhnlichen Formel, der Geschworne die Befugniß hatte, dem Beklagten die Restitution anzubefehlen und im Falle seines Ungehorsams den Kläger zum jusjurandum in litem zuzulassen[9]). Denn auch die formula depositi etc. in factum concepta hatte die Eigenschaften einer bonae fidei actio[10]). Ist es richtig, daß die

---

9) Von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. 2. §. 96. Note 92. S. 324.

10) L. 1. §. 23. D. dep. 16, 3. Hanc actionem bonae fidei esse, dubitari non oportet. — Auf die formula in jus concepta bezogen, deren intentio ausdrücklich das ex fide bona — hat, wäre dieser Satz eine Trivialität, wie man sie selbst der saloppesten Manier Ulpian's nicht zutrauen darf. Auf die formula in factum concepta bezogen, hat er dagegen seinen guten Sinn. Seine Anwendung auf die formula commodati in factum concepta wird nicht bezweifelt werden dürfen. — S. auch Asher, Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 22. S. 293. Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 53. Note 3. a. E. Damit sind auch die mehr formellen Bedenken beseitigt, welche *Desjardins*, Revue de droit Français et étranger. 13. année. Paris. 1867. p. 123 f. gegen von Bethmann-Hollweg (s. v. N.) erhebt. S. auch v. Savigny, Syst. Bd. 5. §. 216. Note t. a. E. S. 87. Beilage XIII. Nr. VI. S. 473. Note a.

§§. 20., 22., 24. der l. 1. D. dep. 16, 3. von der formula in factum concepta reden[11]), so bringen sie den directen Beweis dafür, daß auch bei dieser formula ein arbitrium judicis vorkam[12]).

Die Annahme, daß die formula in factum concepta die Eigenschaften der bonae fidei actio nicht gehabt habe, würde, sofern eine Klage der letztern Art auch für den Beklagten endgültige Vortheile reellen Inhaltes verhieß, zu der überraschenden Folgerung führen, der Prätor habe kraft Ertheilung jener Formel das wohlerworbne Recht des Schuldners kränken dürfen. Denn dieser hatte durch Contrahirung einer bonae fidei obligatio auch auf deren Vorzüge einen begründeten Anspruch erlangt. Derselbe aber wäre ihm entzogen worden, falls der Gläubiger die formula in factum hätte impetriren können. Namentlich ist dieser Punct zu berücksichtigen, sofern nach der Ansicht der Proculejaner wahrscheinlich nur die judicia bonae fidei und arbitraria absolutoria waren[13]).

§. 9. Fortsetzung. (Puchta).

3) Puchta[14]) sucht den Hauptgrund, weshalb der Prätor neben der bonae fidei actio, d. h. der formula in jus concepta, noch die formula in factum concepta proponirt habe, darin, daß der Kläger durch Wahl dieser Formel den Beklagten habe nöthigen können, seine Einreden als wahre Exceptionen gleich vor dem Prätor anzubringen. Einleuchtend aber sei es namentlich beim Depositum und Commodatum, daß diese strengere Behandlung zum Vortheile des Klägers habe gerecht erscheinen können.

---

11) S. oben §. 1. zu Note 9a und 10. Vgl. l. 8. §. 9. D. mand. 17, 1 l. 36. D. de pecul. 15, 1.

Damit fällt von selbst Thon's weitere Behauptung — Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 5. S. 301 ff. —, daß der Depositar infolge der Verurtheilung nur dann infam geworden sei, wenn dieselbe aus der formula in jus concepta, nicht jedoch, wenn sie aus der formula in factum concepta erfolgt war: eine Behauptung, der schon *Gaj.* IV. 60. m. E. direct entgegensteht, trotz Thon a. a. O S. 309. Note 59.

12) S. auch l. 1. §. 26. D. dep. 16, 3. l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6.

13) *Gaj.* IV. 114.

14) Instit. Bd. 2. § 166. Note fff. (6. Aufl.). Ihm stimmt bei von Voelderndorff, Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 11. S. 302.

Wir wollen hier nicht einmal die römische Regel geltend machen, daß es durchaus Sache des Klägers sei, sich vor Erhebung der Klage wie über die Begründung seines Rechtes, so auch über die denselben entgegenstehenden Einwürfe zu unterrichten[15]). Was jedoch, fragen wir, würde es dem Kläger genützt haben, wenn der Beklagte, statt seine Einwände ipso jure, durch Negiren der intentio, geltend zu machen, in jure die exceptio doli generalis edirt hätte, welche bekanntlich alle materiellen Einreden umschloß?

Uebrigens zeugt die Fassung der formula in factum concepta wider Puchta. Denn der Geschworne, welcher angewiesen war zu untersuchen, ob die deponirte Sache *dolo malo* nicht zurückgegeben worden sei, mußte doch wohl schon hiernach prüfen, ob der Beklagte Gründe zur Weigerung der Restitution habe, welche diese Weigerung als nicht dolos rechtfertigten[16]). Und das Entsprechende gilt selbstverständlich von der vermuthlich auf culpa lautender formula commodati in factum concepta: alles, was den Beklagten exculpiren konnte, hatte der Geschworne schon gemäß der formula pura zu berücksichtigen.

§. 10. Fortsetzung. (*Dupont. Pilette.*)

4) Der Versuch, den Unterschied der Formeln in dem höhern oder geringern Grade juristischer Beurtheilung zu finden, welche den Geschwornen in beiden zugemuthet und anvertrauet wurde, ist bereits durch von Savigny abgeschnitten worden[17]). Das quanti ea res erit in der condemnatio der formula in factum concepta, welches von dem rechtsbegründeten Interesse des Klägers verstanden werden muß, überträgt dem Geschwornen genau dieselbe juristische Beurtheilung, wie das quidquid dare facere oportet der formula in jus concepta; und das si paret — *deposuisse* — der ersten Formel dürfte auch hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen des Depositums die richterliche Beurtheilung genau so stellen, wie das quod — *deposuit* — der andern Formel[18]).

---

15) l. 42. D. de R. J. 50, 17.

16) *Heffter*, Observatt. cap. XII. p. 55. unten.

17) Syst. Bd. 5. §. 216. S. 87 f. f. Beil. XII. Nr. IX. S. 454.

18) Der hier verworfnen Meinung scheint *Dupont* — s. folgende Note —

III. Versuche, welche die Verschiedenheit der Formeln auf verschiedenartige Vertheidigung des Beklagten zurückführen.

§. 11. *(Dupont.)*

1) Wenn über die Wahrheit von Thatsachen gestritten worden, soll die formula in factum concepta angewandt worden sein; handelte es sich um die rechtliche Beurtheilung unbestrittener Thatsachen, die formula in jus concepta[19]). Diese Meinung stützt sich vorwiegend auf den Schein, welcher in den Worten factum und jus liegt; sowie auf den Umstand, daß Gajus IV. 47. die Worte Si paret — zu Anfange der Formel nur für die formula in factum, nicht für diejenige in jus concepta gebraucht.

Der letztere Punct erledigt sich einfach mit der Bemerkung, daß anderwärts dieselben Worte auch zu Anfange einer formula in jus concepta vorkommen[20]).

Jedenfalls aber erklärt diese Meinung das Dasein der doppelten Formel nicht. „Denn die allermeisten Klagen hatten nur Eine formula; und doch hängt es von den zufälligen Umständen jedes einzelnen Rechtsfalles ab, ob gerade Thatsachen bestritten werden oder nicht"[21]). War aber Eine und dieselbe Formel bei der Mehrzahl der Klagen geeignet, sowohl auf streitige Thatsachen, als auf die bestrittne Anwendung von Rechtssätzen bezogen zu werden: warum gerade hier diese Unterscheidung?

Indessen zeigen auch die Worte der formula in factum concepta, daß Rechtsfragen durch sie nicht ausgeschlossen wurden. Denn nicht nur, daß eine Entscheidung darüber, ob die Restitution dolo malo (oder bei der actio commodati vermuthlich: culpa) ausgeblieben sei, eine rechtliche Erwägung voraussetzt: schon die Unter-

---

p. 73 ff. hinzuneigen; und direct wird sie vorgetragen von *Pilette,* Lettre à M. E. Laboulaye. Revue hist. de droit Français et étranger. 13 année. p. 310 f. — Vgl. auch Böcking, Note zu Gaj. IV. 47. seiner Ausgabe, wo allegirt wird *Cic.* de inv. 1; 8, 11. 2; 21, 62. —

19) Ever. *Dupont,* pp. Disquisitiones in comment. IV. Institt. Gaji. Lugd. Bat. 1822. p. 71—76.

20) *Gaj.* IV. 4. 34. 41. 64. 86. *Cicero* pro Rosc. Com. 4. §. 11. in Verr. II; 2; 12. §. 1. S. von Savigny, Syst. Bd. 5. S. 85. Note o.

21) von Savigny, a. a. O. S. 85.

suchung, ob durch Hingabe der streitigen Sache ein Depositum, ein Commodatum begründet worden, ist nothwendig eine quaestio de jure.

§. 12. Fortsetzung.

2) Man möchte vielleicht denken, daß die formula in jus concepta gegeben worden sei, wenn der Beklagte die Eingehung des Vertrages, namentlich also den Empfang der Sache, bestritt, — die formula in factum concepta hingegen, wenn er diese zugestand, jedoch die Tilgung der Obligation, namentlich also Rückgabe der Sache, behauptete.

Eine sorgfältige Prüfung des Wortlautes beider Formeln lehrt indessen, daß nach beiden sowohl die Entstehung als die Tilgung der Obligation untersucht werden darf[22]).

§. 13. Fortsetzung. (Asher).

3) Mindestens hinsichtlich der actio depositi hat neuerdings Asher[23]) die Ansicht aufgestellt, daß zwar die formula in factum concepta die Compensation ausgeschlossen habe, nicht aber die formula in jus concepta. Habe also der Depositar einen Gegenanspruch compensando geltend machen wollen, so habe er den Kläger durch Vorenthaltung der Sache zur Wahl dieser Formel zu nöthigen gesucht. Freilich habe letzterer sich darauf nicht einzulassen brauchen: bestritt er den Gegenanspruch mit Erfolg, so blieb die formula in factum concepta für ihn brauchbar; allein im entgegengesetzten Falle unterlag er bei derselben der Gefahr der plus petitio.

Zur Stütze jener Ansicht kömmt es vor allem darauf an, nachzuweisen, daß bei der formula depositi in jus concepta die Compensation statthaft gewesen sei. Hierfür möchte jedoch die Berufung auf Gajus IV. 61 ff. schwerlich genügen. Gajus hat im §. 61. höchst wahrscheinlich, ähnlich wie wir es im §. 31. J. de actt. 4, 6. lesen, zunächst gesagt, in actiones bonae fidei werde dem Richter freie Befugniß beigelegt, ex aequo et bono zu ermessen, wie viel dem Kläger geleistet werden müsse; und hat dann, wiederum ähnlich,

22) *Heffter*, Obs. cap. XII. p. 55.

23) Ztschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 22. S. 266 ff. namentlich S. 269 ff. 274 ff.

wie es die Institutionen Justinians geben, fortgefahren: „Zu diesem freien Ermessen gehört es auch, unter Berücksichtigung dessen, was der Kläger seinerseits aus demselben Rechtsgeschäfte dem Beklagten schuldet, den letztern auf den bloßen Ueberschuß zu condemniren". Nun folgt im §. 62. die Aufzählung der einzelnen actiones bonae fidei. Unter diesen findet sich natürlich auch die actio depositi. Im §. 63. kömmt Gajus nochmals auf die Compensation zurück, indem er bemerkt, dieselbe werde in den fraglichen Klagen dem Geschwornen nicht mittels eines ausdrücklichen Formelzusatzes vorgeschrieben, sondern deshalb als selbstverständlich innerhalb seiner Zuständigkeit gelegen angesehen, weil ihre Vornahme einem bonae fidei judicium entspreche. Damit geht der Jurist in den folgenden §§. über auf die im Gegensatze zu dieser Compensation stehenden Fälle der compensatio argentarii und der deductio bonorum emptoris. Wenn nun aus diesem Zusammenhange auf die Statthaftigkeit der Compensation auch bei der actio depositi überhaupt geschlossen werden könnte[23a]): so müßte man ohne Frage ihre Statthaftigkeit schlechthin sowohl für die formula in factum, als für diejenige in jus concepta annehmen. Die Verkehrtheit des Schlusses aber liegt auf der Hand. Gerade weil bei actiones bonae fidei der Compensation nur sofern stattgegeben werden darf, als ihre Zulassung der bona fides gemäß erscheint, ist sie beim Depositum überhaupt ausgeschlossen. Der Deponent will aber der unbehinderten Verfügung über die deponirte Sache gewiß sein. Und so sagt Paullus, R. S. II; 12, 12. ganz allgemein:

> In *caussa* depositi[24]) compensationi locus non est; sed res ipsa reddenda est.

B. **Versuche, welche unzureichend erscheinen.**

§. 14. Quellenmäßige Unterschiede der Formeln.

Quellenmäßig dürften sich vier praktische Unterschiede zwischen den beiden Formularen feststellen lassen.

23a) Wie freilich auch Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 500. Note 1. thut.

24) Dies würde sich also auch auf die fiducia cum amico depositi caussa contracta beziehen.

a) Die processualische Consumption konnte nur bei der formula in jus concepta ipso jure wirken, — vorausgesetzt natürlich außerdem, daß der Proceß ein legitimum judicium war; aus der Litiscontestation mit der formula in factum concepta hingegen entsprang stets nur die exceptio rei in judicium deductae[25]).

b) Eine plus petitio war nur bei der formula in factum concepta möglich, weil nur bei ihr eine plus intendere vorkommen konnte[26]).

c) Hauskinder konnten, sofern ihnen ausnahmsweise die Befugniß gewährt wurde, als Kläger in eignem Namen aufzutreten, sich der formula in factum concepta bedienen, ohne daß dieselbe zu diesem Behufe erst hätte modificirt zu werden brauchen[27]).

Häufig freilich wird dieser Satz so aufgefaßt, als wenn der Haussohn einen unbestreitbaren Anspruch auf diese formulae depositi und commodati in factum conceptae gehabt habe[28]). Allein das ist gewiß irrig. Von der actio injuriarum, welche in l. 9. D. de O. et A. 44, 7. neben den actiones depositi und commodati als den Haussöhnen zuständig bezeichnet wird, wissen wir ganz bestimmt, daß sie ihnen nur caussa cognita ertheilt wurde[29]). Und diese caussae cognitio wird bei jenen Klagen noch nothwendiger gewesen sein, als bei der actio injuriarum. Denn hier handelte es sich um eine Unbill, welche zunächst dem Sohne selbst zugefügt worden war; dort hingegen um Vermögensrechte, welche dem Vater, nicht dem Sohne, zustanden[30]). Obschon es also in l. 9. cit. heißt, dem Sohne werde die actio injuriarum, das interdictum quod vi aut clam, die actio depositi oder commodati, suo nomine gegeben[31]),

---

25) *Gaj.* IV. 106 f.

26) *Gaj.* IV. 60. Diese Stelle scheint Burchardi, Lehrb. Thl. 2. S. 138. bei der Behauptung übersehen zu haben, daß bei der formula in factum die Nachtheile einer Pluspetition vermieden worden seien. (Dies ist nach Wächter, Erörter. Heft 2. S. 37. Note 8. citirt.)

27) l. 13. D. de O. et A. 44, 7. vbd. mit l. 9. eod. und l. 19. D. dep. 16, 4.

28) So z. B. von Savigny, Syst. Bd. 2. S. 100 f.

29) l. 17. §§. 10—22. l. 11. §. 8. D. de inj. 47, 10.

30) Cf. l. 30. pr. D. de pact. 2, 14. l. 17. §. 21. D. cit. de inj. 47, 10.

31) L. 9. D. de O. et A. 44, 7. cit.

so ist damit doch nichts weiter gesagt, als daß in der Formel ausgedrückt wurde, die Injurie sei dem Sohne zugefügt, das opus in solo factum gegen Verbot des Sohnes gemacht; der Sohn habe deponirt, commodirt[32]).

d) Die processualische Consumption bezog sich bei der formula incerta in jus concepta stets auf das ganze obligatorische Verhältniß, welches in der demonstratio bezeichnet worden war, — soweit nicht etwa eine praescriptio pro actore ihr eine engere Schranke setzte[33]); mittels der formula in factum concepta hingegen wurde der Anspruch des Klägers immer nur in der speciellen Richtung in judicium deducirt, welche die intentio facti ausdrückt. Hatte z. B. zuerst die intentio gelautet: — eamque [rem] dolo malo Lucii Titii [defuncti] redditam non esse, — so konnte nunmehr stets noch aus demselben Depositenverhältnisse eine neue Klage angestellt werden mit der intentio: — eamque dolo malo Numerii Negidii [heredis Lucii Titii] redditam non esse — etc.[34]).

Daß die beiden unter a. und b. aufgeführten Unterschiede den Grund zur Aufstellung des doppelten Formulares nicht abgegeben

32) Es wird der Sohn deshalb, obschon er suo nomine die formula erhielt, dennoch haben caviren müssen, patrem ratum habiturum. arg. l. 22. §§. 4. 10. D. sol. matr. 24, 3. vbd. mit l. 8. pr. D. de proc. 3, 3. M. a. W. der Sohn trat in Wahrheit auch hier nur als präsumptiver Mandatar des Vaters auf; die Klage erschien, selbst wenn ein im Edicte proponirtes Formular ohne alle Modification dazu genommen wurde, als utilis actio. Damit ist die Schwierigkeit der l. 18. §. 1. D. de jud. 5, 1. hinweggeräumt. Das dort erwähnte utile judicium bildet keinen Gegensatz zu der actio suo nomine, wie von Savigny, Syst. Bd. 2. §. 71. S. 98. Note n. und Seite 101. Note q[1]. meint. Ebensowenig braucht es von der formula in jus concepta verstanden zu werden, welche allerdings nur mittels einer Fiction oder mittels subjectiver Klagumstellung für den Haussohn hätte passend gemacht werden können. Hiermit wird das Zeugniß hinfällig, welches Thon in Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 5. S. 294 ff. — in dem Ausdrucke der l. 18. §. 1. cit.: *depositum repetens* dafür findet, daß mit der formula in factum concepta die deponirte Sache nicht habe zurückgefordert werden können.

33) *Gaj.* IV. 130 ff.

34) Vgl. l. 22. D. de exc. rei jud. 44, 2. und dazu Ribbentrop, Correalobl. S. 139 ff. Note 20. — Jene Stelle ist ein schlagender Beleg dafür, daß die actio depositi regelmäßig durch die formula in factum concepta verhandelt wurde.

haben, liegt auf der Hand. Der erste Punct war praktisch fast ohne Bedeutung; der andre hätte zwar den Deponenten veranlassen können, die formula in factum zu vermeiden, nicht aber den Prätor, dieselbe aufzustellen, wenn die formula in jus concepta die ältere war, oder, im umgekehrten Falle diese neben jener zur Auswahl zu proponiren[35]).

§. 15. Klagen der Haussöhne.

Wohl dagegen hat man in der unter c. besprochnen Eigenthümlichkeit der formulae in factum conceptae die Erklärung ihrer Einführung zu erblicken geglaubt[36]).

Schon von Keller[37]) hat jedoch ausgesprochen, daß auch hiermit das sachliche Verhältniß zwischen beiden Formeln noch nicht aufgeklärt sei. Weiter ausgeführt worden ist sodann das Unzureichende jenes Erklärungsversuches von Thon[38]), von Desjardins[39]) und von Dernburg[39a]).

Hiernach wird es freilich nicht bezweifelt, daß die im Edicte proponirten formulae depositi und commodati in factum conceptae

35) *Desjardins*, Revue historique de droit Français et étranger. 13 année. 1867. p. 124.

36) Nach einer Bemerkung Bluhme's, Hugo, Rechtsgesch. 11. Ausg. S. 646. zu Note 9. und Note 9. S. 648. Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) §. 15. S. 157. Note 313. *Heffter*, Observatt. ad *Gaji*, Institt. comment. IV. p. 57 sq. von Savigny, Syst. Bd. 5. §. 216. S. 84. von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. 2. § 96. S. 323 f. Buchka, Einfluß des Processes 2c. Bd. 1. S. 13. Jetzt auch Rudorff, De jurisd. edictum. §. 99. Note 4. §. 110. Note 17.

Andre finden hierin wenigstens einen von mehreren Erklärungsgründen. So z. B. Zimmern, Röm. Civilpr. §. 54. S. 154. zu Note 3. vbb. mit §. 68. S. 212. zu Note 2—4. Hasse, Rhein. Museum für Jurispr. Bd. 6. S. 39 f. vbb. mit S. 33 f. Puchta, Instit. Bd. 2. §. 219. zu Noten n. und p. (6. Aufl.) vbb. mit §. 166. g. E. von Vangerow, Pand. Bd. 1. §. 138. a. E. u. s. w. S. auch Huschke und Böcking in den Noten zu ihren Ausgaben des Gajus zu IV. §. 47. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 50. zu Note 31. S. 172.

37) Röm. Civilpr. §. 33. Note 365. S. 130. (2. Ausg.)

38) Ztschr. für Rechtsg. Bd. 5. S. 291 ff.

39) Revue historique de droit Français et étranger. 13 année. 1867. p. 124 f. p. 137.

39a) Compensation 2. Aufl. S. 52. Note 1.

von den Haussöhnen unverändert benutzt werden konnten. Allein es ist durchaus nicht wahrscheinlich, „daß dies gerade der Zweck gewesen sei, der den Prätor zur Einführung doppelter Formulare für diese wenigen Obligationsverhältnisse bewogen habe. Denn es läßt sich unseres Erachtens kein Grund absehen, warum dann nicht auch ex locato conducto, ex empto vendito, oder neben der vindicatio und Publiciana actio, kurz neben sämmtlichen Klagen mit civiler intentio, formulae in factum vom Prätor gegeben, und auf diese Weise jene Klagen den Haussöhnen zugänglich gemacht worden sind" [39b]). Dieses Bedenken gewinnt noch erheblich an Kraft, sobald man sich von der irrigen Vorstellung lossagt, daß die Haussöhne auf die formulae depositi und commodati in factum conceptae ein selbstverständliches Recht gehabt hätten, — während es vielmehr vom Ermessen des Prätors abhing, ob er ihnen überhaupt eine Klage ertheilen wollte [40]). — Wären jene formulae in factum conceptae nicht bereits ohnehin proponirt gewesen, so würde der Prätor da, wo er's nöthig fand, einem Haussohne eine Klage zu ertheilen, dies entweder mittels subjectiver Klagumstellung quasi procuratorio nomine, oder aber, falls dem Haussohne persönlich geholfen werden sollte (vorausgesetzt, daß dies überhaupt möglich war) mittels der Fiction, er sei sui juris, bewerkstelligt haben [41]).

39b) Thon a. a. O.

40) S. oben zu Note 29 ff. Thon selbst S. 295. huldigt der falschen Ansicht. — Puchta, Instit. Bd. 2. §. 219. hält es für billig, dem Haussohne die actiones depositi und commodati zur Wiedererlangung der Sache zu verschaffen, bei der er, um der wider ihn erhobenen vindicatio jener Sache zu genügen, vielleicht allein interessirt ist, nicht sein Vater. [Warum nicht im entsprechenden Falle auch die actiones locati, pignoratitia in personam?] Allein, wenn die in der Deponirung oder Commodirung liegende Entäußerung des natürlichen Besitzes sine dolo malo geschehen, so haftete der Haussohn der rei vindicatio nicht mehr, falls der Depositar u. s. w. ihm die Sache vorenthielt; andernfalls jedoch bedurfte er keiner actio depositi u s. w. Hatte er hingegen die Sache dolo malo deponirt, so würde sich der Prätor schwerlich bewogen gefunden haben, ihm zu Hülfe zu kommen, am wenigsten aber zu diesem Behufe im Edicte eine besondre Formel proponirt haben. S. Thon a. a. O. S. 292. Note 13.

41) Arg. *Gaj.* IV. 37. cf. l. 17. cit. §. 22. D. de inj. 47, 10.

Eine actio mandati in factum wird erwähnt l. 12. §. 6. D. mand. 17, 1. l. 46. i. f. D. de hered. inst. 28, 5. (von Bethmann-Hollweg, röm.

§. 16. Processualische Consumption.

Auf den unter d. angegebnen Unterschied hat meines Wissens bisher noch niemand in einer Druckschrift die Erklärung der doppelten Formel gebaut. Dagegen that dies früherhin D. E. Hartmann zu Göttingen in seinen Vorlesungen; und der Verfasser dieses Aufsatzes ist ihm längere Zeit darin gefolgt.

Jene Ansicht geht davon aus, daß, wie die praescriptiones pro reo zu Gajus Zeiten gänzlich außer Gebrauch gekommen waren[42]), so auch die praescriptiones pro actore unbeliebt geworden seien. Zudem haben die letztern nicht einmal immer ausgereicht, die processualische Consumption da, wo es nöthig war, abzuwehren. Freilich sei dies geschehen, sofern es sich um einen, in der Gesammtobligation enthaltenen, Anspruch gehandelt habe, welcher mit dem bereits ausgeklagten ungleichartig war. Habe dagegen z. B. der Deponent wiederholt auf Vorzeigung der in Sequestration gegebnen Sache klagen wollen[43]): so habe ihm die exceptio rei in judicium deductae auch dann entgegengestanden, wenn er das erste Mal präscribirt hätte: Ea res agatur de servo exhibendo — u. s. w.

Sehr einfach sei dagegen jede Unzuträglichkeit vermieden worden, sobald der Kläger sich der formula in factum concepta bedient habe, z. B. Si paret, Aulum apud Numerium servum deposuisse, isque dolo malo Numerii exhibitum non esse etc. Hier habe auch einem wiederholten Exhibitionsbegehren aus dem nämlichen Depositionsverhältnisse die exceptio rei in judicium deductae nicht entgegen gestanden, weil das neue Interesse des Klägers an der Exhibition und der neue Dolus des Beklagten bei Verweigerung desselben

---

Civilpr. Bd. 2. Zusätze und Bericht. S. XIV. zu S. 323. Note 86.) Hier ist die Rede von einem Forderungsrechte, welches für einen filiusfamilias begründet, aber erst existent geworden ist, nachdem derselbe sui juris geworden. Es paßt deshalb keine der beiden im Texte angegebenen Manipulationen. Jene actio in factum ist aber nicht in edicto proposita, sondern ad hoc concipirt. S. auch Rudorff, De jurisd. edictum. §. 112. Note 6.

42) *Gaj.* IV. 133.

43) Arg. l. 5. §. 1. l. 25. pr. D. dep. 16, 3. — A. M. freilich Muther, Sequestration und Arrest. §. 29. S. 60 f., welcher als die geeignete Klage, den Sequester zur Exhibition zu zwingen, die actio ad exhibendum bezeichnet, die actio depositi aber zu diesem Behufe verwirft. S. auch das. §. 46 S. 105 f.

aliam rem gemacht habe [44]). So sei denn der Zweck der formulae in factum conceptae eben in der Vermeidung der Nachtheile zu erblicken, welche die processualische Consumption auch einem vorsichtigen Kläger habe zufügen können.

Es ist klar, daß diese Ansicht nicht füglich bei der Annahme stehen bleiben kann, die von Gajus uns angegebnen Fälle der actiones depositi und commodati seien die einzigen gewesen, in denen jene Doppelheit der formulae vorgekommen. Ja, bei weitem nicht einmal die wichtigsten. Und doch haben wir keine noch so leise Kunde von einer weitern Anwendung der actiones in factum für civilrechtliche Verhältnisse [45]). Vor allem aber ist die erste Voraussetzung, nämlich die Unbeliebtheit der praescriptiones pro reo, ganz unerwiesen. Wo dieselben jedoch ausnahmsweise einmal nicht ausreichten, da hätte auch auf andre Weise geholfen werden können, sei es durch Cautionen, sei es schließlich durch restitutio in integrum [46]).

III.

Versuch einer Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species.

§. 17. Einleitung.

So hat sich denn in der jüngsten Zeit die Nothwendigkeit geltend gemacht, auf historischem Wege das Verständniß für das Dasein der doppelten Formulare zu suchen.

Hingewiesen hat auf diese Nothwendigkeit schon von Keller [1]).

Einen ausführlichern Versuch, die Aufgabe in solcher Weise zu lösen, hat zuerst Asher unternommen [2]). Seiner Arbeit fehlt es

44) l 3. Cod. ad exhib. 3, 43.

45) *Gaj.* IV. 47. widerspricht allerdings nicht; das veluti kann recht gut soviel bedeuten wie exempli gratia. Vgl. auch Bekker, processſ. Consumption. S. 41. 82. 188. von Voelderndorff, Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 11. S. 294. 302. und dagegen von Keller, röm. Civilpr. §. 33. Note 359. (2. Ausg.)

46) Arg. l. 63. §. 4. D. pro soc. 17, 2. l. 47. §. 2. D. de pec. 15, 1. — l. 32. pr. §. 1. l. 47. §. 3. D. eod.

1) Röm. Civilpr. §. 33. zu Note 361. und Note 365. (2. Ausg.) — „ſicher war die F^a in fac^m conc^a die ältere."

2) Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 22. 1865. S. 266—310.

nicht an manchen scharfsinnigen Gedanken; im ganzen entbehrt dieselbe jedoch derjenigen Vorsicht und Schonung des vorhandenen Quellenmaterials, welche für derartige historische Combinationen und Hypothesen die erste Bedingung wahrscheinlicher Ergebnisse ausmachen. Einer eingehenden Kritik dieses Aufsatzes wird es hier deshalb um so weniger bedürfen, als einerseits eine solche bereits aus sehr competenter Feder geliefert worden ist[3]), und anderseits unsre eigne Ausführung uns wiederholt Gelegenheit bieten wird, auf Einzelheiten desselben zurückzukommen.

Sodann hat Desjardins unsrer Frage ein ansprechende Erörterung gewidmet[4]). Bei manchen richtigen Anschauungen geht er jedoch nicht genugsam in die Tiefe; und so liefert seine Arbeit im ganzen kein Ergebniß.

Einzelne wichtige Andeutungen zur Lösung der Aufgabe haben außer den Genannten gegeben M. Voigt[5]), Demelius[6]) und neuerdings Kuntze[7]), Jhering[8]), Dernburg[9]).

Indem wir dankbar die Belehrung vonseiten dieser Vorgänger aufnehmen, glauben wir, nunmehr eine in vielen Puncten neue und im ganzen erschöpfende Beantwortung der Frage geben zu können.

§. 18. Die lex Julia municipalis a. u. 709. erwähnt die actio depositi nicht.

Die *lex Julia municipalis* vom Jahre 709 d. St. zählt unter den infamirenden Klagen das judicium depositi nicht mit auf[10]).

---

3) Arndts, Oesterr. Vierteljahrsschr. für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 17. 1866. S. 179—194.

4) Revue historique de droit Français et étranger. 13. année. Paris. 1867. p. 122—141.

5) Das jus naturale pp. der Römer. Thl 2. 1858. S. 541 f. S. 628. S. 840 f. Note 923.

6) Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 2. 1863. S. 221 ff.

7) Krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 9. 1867. S. 516 ff. S. 544.

8) Das Schuldmoment. 1867. S. 29 ff.

9) Compensation. 2. Aufl. 1868. S. 51 ff. S. 597 ff.

10) tab. *Heracl.* c. 8. aes Neapol. lin. 36 sqq. — qui furti, quod ipse fecit fecerit, condemnatus pactusve est erit; quive judicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati, injuriarum, deve dolo malo condemnatus est erit; quive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit etc.

Es ist wohl nicht daran zu zweifeln, daß, sobald es überhaupt contractus famosi und zugleich den contractus depositi gab, dieser in die Reihe jener gehört habe. Aus dem Schweigen der lex Julia, welche ohne Frage eine erschöpfende Aufzählung der infamirenden Klagen geben wollte, darf also mit Sicherheit gefolgert werden, daß im Jahre 709. d. St. ein selbständiger contractus depositi noch nicht anerkannt worden war [11]). Und, sofern die Annahme begründet

11) Hierzu stimmt die Auslassung des Depositums in drei Stellen Ciceros aus dem Jahre 710 d. St., welche dasselbe füglich erwähnt haben würden, wenn es damals als besondrer Contract schon gegolten hätte. Die Stellen sind: de nat. deor. III. 30. §. 74. de off. III. 17. §. 70. top. 10. §. 42. Die beiden erstern stellen judicia bonae fidei, die letztere contractus famosi zusammen. Indessen ist m. E. diesen Stellen kein allzu großes Gewicht beizumessen. Es ist durchaus nicht sicher, ob Cicero in der That eine völlig erschöpfende Zusammenstellung hat geben wollen. Zwar ließe es sich mit dieser Absicht zur Noth noch vereinen, daß die beiden ersten Stellen die arbitria familiae erciscundae, communi dividundo, rei uxoriae übergehen, sofern nämlich die Intentionen jener Klagen nicht den Zusatz: ex fide bona haben, — s. Dernburg, Seite 47 f. Note 1. —, obwohl dazu schlecht stimmt, daß die actio fiduciae erwähnt worden ist, deren Intention diesen Zusatz doch auch nicht hatte — s. Arndts, S. 190. Dagegen bleibt unerklärt, weshalb in jenen beiden Stellen auch die actio negotiorum gestorum fehlt, welche nach *Cic.* top. 17. §. 66. im Jahre 710. schon existirte, wie denn auch die Juristen Servius Sulpicius, Ofilius, Trebatius von ihr handeln. l. 21. pr. D. de N. G. 3, 5. l 22. §. 10. D. mand. 17, 1. cf. l. 14. § 11. D. de relig. 11, 7. (A. M. Asher, S. 301 f. wegen *Cic.* ad Att. VI. 1. §. 15, wo die exceptio erwähnt wird: extra quam si ita negotium gestum est, ut eo non stari oporteat ex fide bona – und wegen top. l. c., weil die dort erwähnte Formel: quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cujus ea negotia fuissent — praestari oporteret — offenbar einseitig sei und keine Rücksicht auf die actio contraria nehme.) Und wenn vollends die anscheinend mit der Absicht der Vollständigkeit gemachte Aufzählung der privata judicia summae existimationis pro Rosc. Com. vom Jahre 678. d. St. c. 6. §. 16. die actio mandati ausläßt, während dieselbe als infamirend von Zeiten der majores her pro Rosc. Amer. vom Jahre 673. d. St. c. 38. §. 111. beschrieben ist (s. auch pro Caec. v. J. 685. d. St. c. 3. §§. 7. 8.): so wird das argumentum a silentio in unsern Stellen ziemlich bedenklich. Hinsichtlich de off. III. 17. §. 70. ist endlich nicht zu übersehen, daß die Aufzählung der arbitria bonae fidei dem Q. Mucius Scaevola († 671. d. St.) in den Mund gelegt wird. — *Cicero* de off. I. 10. §. 31. und III. 25. §. 95. dürfte weder für noch gegen die Klagbarkeit des Depositums i. J. 710. d. St. etwas beweisen: es ist hier von einer bloßen Moralpflicht die Rede.

erscheint, daß die contractus commodati und pignoratitius schwerlich älter sind, als der contractus depositi, ergiebt sich das Gleiche für diese beiden benannten Realcontracte[12]).

§. 19. Actio in duplum ex caussa depositi in den 12 Tafeln.

Andrerseits wissen wir, daß schon die 12 Tafeln ex caussa depositi eine Klage in duplum gegeben hatten[13]). Wie haben wir uns diese Klage zu denken?

Darüber gehen die Ansichten sehr auseinander.

Vor der Entdeckung des echten Gajus scheint man den Begriff der fiducia cum amico depositi caussa, ungeachtet seiner Darlegung beim Boëthius[14]), wenig beachtet zu haben. So verstand es sich denn von selbst, daß jene Klage auf das formlose Depositum bezogen wurde[15]). Doch auch in neuerer Zeit ist diese Meinung festgehalten

---

Mit der Annahme des Conterte**s** stimmen überein: Voigt, S. 541 f., Demelius, S. 225 ff., Jhering, S. 29. Note 53, und die in Note 12. angeführten Schriftsteller. Zweifelhaft ist Rudorff, De jurisd. edictum. §. 19. Note 14.

12) Auch hierzu stimmt sehr gut *Cicero* de nat. deor. III. 30. §. 74. und de off. III. 17. §. 70.

Mit der Annahme im Conterte stimmen überein: Asher, S. 299 ff., *Desjardins*, p. 126, Arndts, S. 189 f., Kuntze, S. 517 f., Dernburg, S. 53. Note 1, S. 599.

Dagegen dürfte nichts zu schließen sein aus dem Umstande, daß Gajus in seinen Institutionen bei der Contractenlehre vom Depositum, Commodat und Pfandvertrage schweigt. A. M. *Desjardins* p. 130. Dieses Schweigen würde selbst dann nichts beweisen, wenn anzunehmen wäre, daß Gajus in der Contractenlehre sich etwa an die Darstellung der libri 18. juris civilis des Q. Mucius Scaevola gehalten hätte. Denn er übergeht hier auch den contractus fiduciae, den Scaevola doch sicher gekannt hat. *Cic.* de Off. III. 17. §. 70.

13) *Collat.* X. 7. §. 11. *(Paullus* libro II. sententiarum sub titulo de deposito 12. §. 11.) Ex caussa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

14) ad *Cic.* top. c. 10. ed. Or. p. 340. Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipat, ut ei, quum tempus quod suspectum est, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur. (Citat nach *Bruns,* Fontes.)

15) So *Cujacius* ad Pauli R. S. II. 13. init. vbd. mit Paratitla in librum IV. tit. 33. Cod. *Schulting,* Jurisprud. antejust. ad Pauli R. S. II.

worden[16]). Im geraden Gegensatze zu ihr steht die namentlich von Puchta[17]) vertretne Ansicht, wonach jene Klage auf die fiducia cum amico beschränkt gewesen sein soll. Demelius[18]) bezieht die Klage auf beide Fälle, sowohl denjenigen des formellen Depositums, als denjenigen der fiducia cum amico contracta. Asher[19]) engt sie hingegen auf den Fall des depositum miserabile ein. Dernburg läßt die Frage unentschieden; und Jhering[21]) endlich leugnet die Existenz einer besondern depositi actio nach den 12 Tafeln gänzlich, indem er die angeführte Aeußerung des Paullus von der actio furti aus einem furtum versteht, welches bei Gelegenheit eines Depositums vorgekommen ist.

§. 20. Begriff des furtum in den 12 Tafeln.

Zur Lösung dieses Widerstreites dürfte es dienlich sein, uns, so weit thunlich, auf den Standpunct der Zwölftafelgesetzgebung selbst zu versetzen.

Wie andre Verhältnisse, so vermochte das Zeitalter jener Gesetzgebung auch die Beschädigung fremden Vermögens in gewinnsüchtiger Absicht vorwiegend nur nach äußerlichen Gesichtspuncten aufzufassen

---

13. §. 11. Note 17. und ad Collat. X. 7. i. f. Note 31. a. E. *Heineccius*, Antiquitt. III. tit. XV. Nr. 31. — *Conradi*, der jenen Begriff beachtet, de pacto fiduciae exerc. I. §. XV. (in scripta minora ed. *L. Pernice*. Hal. 1823. p. 202 sq.) äußert sich über unsre actio in duplum ex caussa depositi nicht.

16) Schweppe, Röm. Rechtsgesch. (3. Aufl.) §. 308. Nr. 3. Note 8. Huschke in Ztschr. für geschichtl. R.W. Bd. 13. S. 276 f. Rudorff, das. Bd. 14. S. 460 f. Muther, Sequestr. S. 47 f. Rein, Privatr. S. 646. Note 1. Arndts a. a. O. S. 193 f. *C. Sell*, de exceptionum usu etc. p. 18. Anscheinend auch Rudorff, De jurisd. edictum. §. 110. Note 3. Zweifelnd von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. I. S. 166.

17) Institt. Bd. 3. §. 272. Note r. So auch K. Sell in Jahrb. von K. Sell und W. Sell 2. Bd. S. 32. Voigt, a. a. O. S. 542.

18) a. a. O. S. 224 ff.

19) a. a. O. S. 267 f.

20) a. a. O. S. 51. Note 2.

21) a. a. O. S. 32 f. vgl. Geist des R. R. Bd. 2. §. 29. Note 127. Dies ist auch wohl die Meinung Rudorff's zu Puchta, Institt. §. 272. Note r. (2. Aufl.)

und zu unterscheiden. Der später so viel umfassende Begriff des furtum unterlag anscheinend noch zwei wichtigen Einschränkungen, welche ihm erst in der Zeit der classischen Jurisprudenz völlig abgestreift worden sind. Einmal erfordert er unbedingt eine fremde Sache[21a]). Hierfür zeugt die alte Schuldefinition des furtum, welche selbst in der Ueberlieferung der spätern Zeit dieses Erforderniß festhielt[22]). Sodann kannte die alte Zeit kein furtum usus[23]). Für diese, dem natürlichen Entwicklungsgange der Rechtsbegriffe durchaus entsprechende, Behauptung dürfte der Beweis in folgenden Notizen liegen.

Gellius N. A. VI. (VII.) 15. §. 1. *Labeo* in libro de duodecim tabulis secundo acria et severia judicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque *Brutum* solitum dicere, et furti damnatum esse, qui jumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat[24]).

Valerius Maximus. VIII. 2. §. 4. Multus sermo eo etiam judicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quid aliud hoc loci, quam

---

21a) S. Dollmann, die Entwendung. S. 28 f. Heffter, Criminalr. §. 489. Note 5b. Demelius, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 341.

22) *Sabinus* bei *Gellius* N. A. XI. 18. §§. 20 sq. (= *Huschke,* Jurispr. antejust. Sabin. Nr. 2. u. 3.) Qui *alienam rem* adtrectavit, quum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur. — Qui *alienum* tacens lucri faciendi caussa sustulit, furti obstringitur. — *Gajus* III. 195. Furtum autem fit — generaliter, quum qui *rem alienam* invito domino contrectat. So auch §. 6. J. de obl. quae ex del. 4, 1. *Paullus,* R. S. II. 31. §. 1. Fur est, qui dolo malo *rem alienam* contrectat §. 21. i. f. — rei enim nostrae furtum facere non possumus. S. auch pr. J. de vi bon. rapt. 4, 2. Qui res alienas rapit, tenetur quidem furti; quis enim magis *alienam rem* invito domino contrectat, quam qui vi rapit? — Der älteste Jurist, von dem wir bestimmt wissen, daß er das furtum rei propriae gekannt hat, ist Cassius. l. 4. §. 21. D. de usurpatt. 41, 3. Allein eben diese Stelle macht es wahrscheinlich, daß die Anerkennung des furtum rei propriae schon älter sei.

23) So auch Jhering, Geist. Bd. 2. §. 43. (1. Ausg. S. 458 f.) Wetzell, Lex XII. tabb. rer. furtiv. usucapionem prohibet. p. 15. zu Note 15.

24) = *Huschke,* Jurispr. antej. Labeo Nr. 23.

verecundiam illius seculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur?

Da Brutus und der Gewährsmann des Valerius Maximus die berichteten Thatsachen zu notiren der Mühe werth hielten, so muß in denselben eine bis dahin ungewohnte Auffassung des furtum sich bekundet haben[25]). In dem besondern Sachverhalte der Fälle liegt jene jedoch schwerlich. Denn noch später ist es vielmehr eben dieser Sachverhalt, welcher vorzugsweise als Beispiel des furtum usus benutzt wird[26]). Das Bemerkenswerthe kann also nur im Begriffe des furtum usus selbst stecken. Bei Q. Mucius Scaevola ist dieser Begriff schon zu weiterer Entwickelung gelangt[27]). Wenn also noch Labeo hervorhebt, es sei in den von Brutus erzählten Fällen streng geurtheilt worden, so kann er damit nicht füglich die condemnatio wegen des furtum usus an sich meinen, sondern kaum etwas Anderes, als den Umstand, daß diese condemnatio nicht, wie später, auf das duplum des klägerischen Interesse, sondern auf das duplum der vera aestimatio der misbräuchlich benutzten Sache gegangen sei.

§. 21. Unterschlagung anvertraueter Sachen in den 12 Tafeln.

Eben so wenig wie das furtum usus hat vermuthlich anfangs als furtum die Unterschlagung einer Sache gegolten, welche infolge eines Rechtsverhältnisses zwischen ihrem Besitzer und dem Unterschlagenden in des letztern Hände gelangt war. Für die Unterschlagung vonseiten des Tutors bezeugt dies die

l. 55. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7. — tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere.

Das Nämliche müssen wir für die Unterschlagung vonseiten einer Person behaupten, welcher der dominus selbst die Detention über=

---

25) S. auch die *veteres* bei *Gaj.* III. 196.

26) *Gaj.* III. 196. cit. l. 40. D. de furt. 47, 2. l 5. §§. 7. 8. D. commod. 13, 6. § 6. J. de obl. quae ex delicto 4, 1.

27) *Gell.* l. c. §. 2. (= *Huschke*, Jurispr. antej. Nr. 2.) Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de jure civili composuit, XVI. haec verba posuit: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit, usus est, furti se obligavit.

tragen hat, also in den Fällen des Depositums, Commodates, der Sachmiethe u. s. w. Gegenüber der augenfälligen Thatsache, daß jene Person das äußerliche, körperliche Herrschaftsverhältniß zur Sache volente domino erworben hat, konnte das Ueberschreiten ihrer Befugnisse nicht als ein invito domino contrectare rem erscheinen, sondern ebenfalls nur als ein perfide agere[27a]). Dies wird um so einleuchtender, wenn wir uns erinnern, daß die Zeit der Zwölf Tafeln den Begriff des juristischen Besitzes noch nicht kannte, mithin auch nicht die feine Grenze zwischen der Detention und dem juristischen Besitze, in deren Ueberschreiten in diesem Falle eben der Act der Unterschlagung besteht[28]), und deren Feststellung noch unter den späteren Juristen nicht ganz unbestritten war[29]).

Das eigenmächtige Ergreifen einer verlornen Sache in diebischer Absicht, der s. g. Funddiebstahl oder die Unterschlagung gefundner Sachen, hingegen scheint von altersher als furtum behandelt worden zu sein[30]).

§. 22. Actio in duplum de perfidia.

War nun aber die Unterschlagung sowie die misbräuchliche Benutzung rechtmäßig in Besitz genommener Sachen nach der ursprünglichen Auffassung kein furtum: so dürfen wir doch mit Bestimmtheit vermuthen, daß das unbefangene Rechtsgefühl der alten Römer beides dem furtum gleich ahndete. In der That fehlt es dieser Vermuthung nicht an quellenmäßiger Unterstützung, welche dieselbe

27a) Vgl. l. 1. §. 4. l. 5. pr. D. dep. 16, 3. l. 6. §. 7. D. de his, qui not. 3, 2. Jhering, Schuldmoment. S. 29. Note 54. Vgl. Thon, Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 302. Note 51.

28) S. l. 67. pr. D. de furt. 47, 2. — Zu beachten bleibt in dieser Beziehung immerhin das *invito domino* in der alten Schuldefinition des furtum — s. oben Note 22. —, womit ursprünglich, wie die l. 55. §. 1. cit. lehrt, gewiß eben das eigenmächtige Hervorbringen der corporalis possessio bezeichnet werden sollte, nicht auch, wie später, das blos eigenmächtige uti und der blos eigenmächtig gefaßte animus rem sibi habendi in Fällen, wo die corporalis possessio legitim erlangt worden war.

29) L. 67. pr. cit. vgl. mit l. 3. §. 18. l. 47. l. 20. D. de a. v. a. p. 41, 2. Schirmer in Ztschr. für Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 11. S. 397 ff., insbes. S. 464 ff. Windscheid, Pand. Bd. 1. §. 157. Note 4.

30) S. *Plautus*, Rudens. IV. 3. v. 17 sqq.

mindestens zu sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhebt. Jene perfidia des Tutors wurde nach den Zwölf Tafeln als ein Delict mit dem duplum der vera rei aestimatio gebüßt, worin Ersatz und Strafe lag[31]). Genau das Gleiche aber war anfangs wahrscheinlich die Buße des furtum nec manifestum[32]). Wir wissen weiter, daß schon das ältere Civilrecht eine actio in duplum gegen den Depositar gekannt hat. Denn ohne diese Grundlage würde die prätorische actio in duplum aus einem s. g. depositum miserabile nicht perpetua sein können[33]). Und da eben diese prätorische Klage gegen die Erben ex dolo defuncti nur in simplum und nur intra annum gegeben wird[34]): so, läßt sich weiter schließen, war jene civile Klage gegen die Erben des Depositars überhaupt nicht zulässig[35]), hatte mithin den Charakter nicht einer Contracts-, sondern einer Delictsklage. Und wenn nun Paullus sagt:

Ex caussa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur —:

was ist natürlicher, fast möchte ich sagen: nothwendiger, als dies eben auf die fragliche Klage zu beziehen, welche, ganz analog der actio rationibus distrahendis, aus der perfidia des Depositars

31) l. 1. §§. 20. 23. l. 2. §. 2. D. de tut. et rat. distrah. 27, 3. l. 55. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7. *Cicero* de off. III. 15. §. 61. s. Ihering, Schuldmoment. S. 36.

32) a. — Hinsichtlich der Verdopplung der vera rei aestimatio s. l. 50. pr. D. de furt. 47, 2. arg. §. 10. J. de lege Aquilia. 4, 3. Ihering, Geist. Bd. 2. §. 29. (1. Ausg. S. 115. Note 124.). Puchta, Vorlesungen. §. 224. a. E. Fr. Mommsen, Interesse. S. 54. Note 30. vbd. mit S. 47 f. vgl. von Savigny, Syst. Bd 5. Beil. XII. Nr. V. VI. VII.

b. — Hinsichtlich der Eigenschaft der actio furti als einer mixta, tam rem, quam poenam persequens, s. von Savigny, Syst. Bd. 5. S. 51. Note l. von Keller, Semestr. lib. 3. p. 570. Instit. §. 159. S. 138.

33) l. 18. D. dep. 16, 3. cf. *Gaj.* IV. 110. 111. Demelius S. 225 Arndts S. 192 f.

[Beiläufig bemerkt: die l. 18. cit. dürfte eine falsche Siglenauflösung enthalten, indem qq in *quoque* aufgelöset worden ist statt in *quamquam*. s. das Siglenverzeichniß der Göschen'schen Ausgaben des Gajus. Die Interpunction ist dann selbstverständlich hinter annum, vor quamquam zu setzen.]

34) l. 18. cit. Asher, S. 268. Note 2a.

35) Hierauf beruht wohl die Notiz des *Theophilus* ad §. 1. J. de perp. et temp. 4, 12. vgl. Ihering, Schuldmoment. S. 32.

entsprang?[36]) Jedenfalls scheint es bedenklich, unter jener actio in duplum *ex caussa depositi* die gewöhnliche actio furti nec manifesti zu verstehen. Denn selbst wenn diese Klage schon nach den Zwölf Tafeln auch gegen die Veruntreuungen des Depositars gerichtet gewesen wäre, so hätte der Jurist doch nicht füglich sagen dürfen: ex caussa *depositi* datur: das Depositenverhältniß wäre hierbei rechtlich ja in keinerlei Betracht gekommen[36a]).

Wurde jedoch zur Zeit der Zwölf Tafeln eine contractliche Verbindlichkeit aus dem Depositum noch nicht anerkannt, war es lediglich die perfidia, ein Delict, was den Grund zu der eben erwähnten actio ex caussa depositi abgab: so leuchtet unmittelbar ein, daß es bei dieser Klage nicht sowohl auf den specifischen Charakter des Depositums ankommen konnte, als vielmehr einzig und allein auf den allgemeinen Charakter des begangnen Delictes. Als diesen haben wir mit Sicherheit die Unterschlagung und das furtum usus anzuerkennen; vielleicht fällt auch die absichtliche Beschädigung oder Vernichtung der anvertrauten Sache unter den hier maßgebenden Begriff der perfidia[36b]). Demnach konnte die Klage nicht auf das Depositum beschränkt sein, sondern mußte ebenso infolge jeder andern caussa gegeben werden, kraft deren eine Sache mit der Auflage der Rückgabe in fremde Detention übertragen wurde; — also namentlich

---

36) So auch Huschke, Ztschr. für geschichtl. RW. Bd. 13. S. 276 f. Note 40. Rudorff, das. Bd. 14. S. 461 f. Demelius, S. 225 f. — Vgl. auch Dernburg, S. 51. Note 2.

36a) S. auch Asher a. a. O. S. 268. Note 2. Arndts a. a. O. S. 193. l. 1. §. 2. vbb. mit l. 67. D. de furt. 47 2. Vgl. oben zu Note 28.

36b) Daß hierin ebenfalls eine perfidia liege, wird nicht bezweifelt werden. Vor der lex Aquilia aber gab es jedenfalls kein allgemeines Gesetz gegen widerrechtliche Sachbeschädigung, worunter diese perfidia hätte gezogen werden können. So scheint es dem unleugbaren Bedürfnisse zu entsprechen, wenn wir unsre actio in duplum auch auf diesen Fall beziehen. War es mit der actio rationibus distrahendis ebenso? Freilich sagt l. 2. pr. de tut. 27, 3.: Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli *abstulerit*. Heißt dies jedoch nothwendig unterschlagen? Dem scheint schon der §. 1. l. c. zu widersprechen: Quodsi *furandi* animo fecit, etiam furti tenetur. Denn eine Unterschlagung kann gar nicht anders als animo furandi geschehen. Vgl. auch l. 1. §. 22. D. eod.

ex caussa commodati, pignoris dati, conducti locati, und insoweit auch ex caussa mandati und societatis.

Diejenigen Schriftsteller, welche unsre actio in duplum ex caussa depositi ausschließlich auf die fiducia cum amico beziehen, erklären dieselbe als eine besondre Anwendung der Strafe für das Leugnen einer mittels der Mancipation übernommenen Verbindlichkeit [37]). Allein erstens berechtigt uns nichts, jene Klage, wenn wir sie einmal auf den Fall der fiducia anwenden wollen, auf die Voraussetzung des infitiari zu beschränken [38]). Sodann wird man schwerlich dem pactum fiduciae, welches eine in jure cessio begleitet, andre, namentlich geringere, Wirkung beimessen dürfen, als demjenigen, welches neben einer Mancipation steht [38a]). Und dies würde doch aus jener Erklärung folgen. Endlich aber, und das ist das Entscheidendste, kann die rechtliche Wirkung der fiducia überhaupt nicht aus dem Acte der mancipatio oder der in jure cessio hergeleitet werden, welchen sie begleitet. Als dem directen Zwecke dieser Geschäfte widersprechend, als diejenige Partei verpflichtend, welche bei der strengen Einseitigkeit dieser Geschäfte allein berechtigt werden konnte, fand das pactum fiduciae in dem Ritual derselben keinen Platz. Es stand außerhalb jener formellen Acte und vermochte somit auch nicht an dem Rechtsschutze theilzunehmen, dessen sie sich erfreueten [39]). Genoß es solches Schutzes überhaupt? Wir finden dafür keine Spur. Und wenn wir davon ausgehen, daß zur Zeit der Zwölf Tafeln Depositum, Commodatum, Pignus noch nicht als Contracte galten, so werden wir auch dem pactum fiduciae für diese Zeit Contractsschutz schwerlich beilegen. Alsdann bleibt nur die Wahl, dasselbe für völlig schutzlos zu halten, oder aber anzunehmen, daß sein Bruch als Delict geahndet worden sei. Erkennen wir aber an, daß das Depositum mit einer Delictsklage geschützt

---

37) S. die Citate in Note 17. Cf. *Cicero* de off. III. 16. §. 65.

38) Huschke, Ztschr. für gesch. RW. Bd. 13. S. 276 ff. Andre Gegengründe bei Rudorff, das. Bd. 14. S. 461 ff.

38a) Wie K. Sell am Note 17. angef. Orte S. 33. allerdings ausdrücklich thut.

39) So Jhering, Geist. Bd. 2. §. 46 nach Note 687 und zu Note 728. Demelius a. a. O. S. 224 f. und Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 347.

wurde, so muß uns hier eine solche Klage um so nothwendiger erscheinen, als ja hier in keinem Falle die rei vindicatio zu helfen vermochte. Was nun hindert uns, auch hier jene actio in duplum als die zutreffende aufzufassen? Gestehen wir's nur: nichts, als die schulmäßige Unterscheidung, welche die Dogmatik einer spätern Zeit so gern unsrer historischen Anschauung unbewußt unterschiebt. Weil wir in unsern Schuljahren gelernt haben, fiducia und depositum sei zweierlei, so wird es uns schwer, uns in eine Vorzeit zurückzudenken, welche beide Begriffe noch nicht trennte, da sie noch keinen derselben kannte. Denn, um diesen Fundamentalpunct nochmals zu betonen: solange depositum und fiducia noch nicht als Vertragsverbindlichkeiten aufrechterhalten wurden, sondern nur eine Sühne für den Treubruch zur Folge hatten, welcher die zugesicherte Rückgewährung zu vereiteln suchte: so lange konnte ein Unterschied zwischen depositum und fiducia nicht in deren positivem Inhalte gesucht werden, sondern lediglich etwa in der Art und Weise, wie bei dem einen und wie bei der andern die strafbare perfidia sich äußerte. Nun soll allerdings zugegeben werden, daß wir beide Verhältnisse auch in diesem Sinne, rein unter dem Delictsgesichtspuncte, mit Leichtigkeit zu scheiden verstehen. Anders die alten Römer. Wie ihnen die perfidia des Tutors als die gleiche erschien, mag derselbe das in seinen bloßen Gewahrsam gekommene Eigenthum des Mündels unterschlagen, mag er Sachen oder Summen veruntreuen, deren Eigenthum er zwar formell zunächst für sich, aber auf Rechnung des Mündels erworben hat: geradeso muß es auf jener frühen, der rein formalen Unterscheidung noch wenig vertrauten, Stufe der Rechtsentwickelung gleichgültig gewesen sein, ob die veruntreute Sache nur zu Besitz oder aber zu Eigenthum anvertrauet worden war. Nur darauf konnte es ankommen, daß der Empfänger die Rückgabe einer im Vertrauen auf die Rückgewährung ihm hingegebene Sache treulos vereitelt hatte.

Ja, ich glaube, die Analogie der actio rationibus distrahendis nöthigt uns, den alten Begriff der perfidia in persönlichen Vertrauensverhältnissen noch weiter zu ziehen. Er liegt auch dann vor, wenn jemand Sachen oder Summen, welche er im Auftrage eines Dritten für dessen Rechnung eincassirt hat, doloserweise für sich

behält oder verwendet. Allerdings kömmt für die Zeit der Zwölf Tafeln hierbei der wichtigste Fall des Eincassirungsmandates nicht in Betracht, d. h. der Fall, wo der Mandatar dem Mandanten direct das Eigenthum der eincassirten Gegenstände erwirbt. Denn dieser Fall ist erst spätern Ursprungs[40]). Allein jene Treulosigkeit ist auch da möglich, wo der Mandatar das Eigenthum der eincassirten Gegenstände zunächst für sich erwirbt. Denn auch alsdann ist eine Verkürzung des Auftraggebers denkbar, nämlich sofern kraft der dem Bevollmächtigten geleisteten Zahlung der Zahlende von einer Schuld an den Auftraggeber liberirt wird. Und diese Möglichkeit kannte schon das ältere Recht. Wo es nicht ein jeder Eincassirungs-Bevollmächtigte that, so tilgte doch jedenfalls der Abstipulator durch Annahme der Zahlung auch die Forderung des Hauptgläubigers, während er, der Abstipulator, selbst Eigenthümer der eincassirten Gegenstände wurde. Eben deshalb war gegen ihn die actio furti unstatthaft, wenn er dieselben in gewinnsüchtiger Absicht dem Hauptgläubiger vorenthielt. Es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß es hier von jeher eine Klage hat geben müssen, also, bevor eine Contractsklage eingeführt war, eine Delictsklage. Betrachten wir aber als das Delict, welches die Zwölf Tafeln mit der actio in duplum ex caussa depositi verpönten, namentlich den in gewinnsüchtiger Absicht begangenen Treubruch in vermögensrechtlichen Vertrauensverhältnissen: so werden wir von selbst eben jene Klage auch hier anwendbar finden[41]). Von dieser Annahme aus begreift sich auch das zweite Capitel der lex Aquilia vollständig[42]). Auf den von demselben betroffnen Fall der Befreiung des Schuldners durch Acceptilation seitens des Abstipulators in fraudem des Hauptgläubigers paßte so wenig die actio furti als unsre actio de perfidia,

---

40) S. l. 51. D. de a. v. a. p. 41, 2. (*Labeo.*) l. 41. D. de usurp. 41, 3. l. 13. pr. D. de a. r. d. 41, 1. (Neratius.) cf. l. 1. Cod. de a. v. r. p. 7, 32. l. 11. §. 6. D. de pign. act. 13, 7. §. 5. J. per quas pers. 2, 9. S. von Savigny, Recht des Besitzes. §. 26.

41) Vgl. l. 6. §§. 5—7. D. de his, qui not. 3, 2. S. Jhering, Schuldmoment. S. 29. Note 54.

42) Vgl. Jhering, a. a. O. S. 34. Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 53 f.

selbst wenn letztere auch gegen die absichtliche Beschädigung oder Zerstörung anvertrauter Sachen gerichtet war. Ein Gesetz, welches widerrechtliche Vermögensbeschädigung außer den Fällen des furtum und verwandter Delicte generell verpönen wollte, mußte gerade auch jenen Fall mitumfassen[43]; die Strafe für ihn aber, der das Verächtliche der Gewinnsucht nicht an sich trug, konnte niedriger bemessen bleiben, als diejenige des furtum und der perfidia, deren Betrag sie erst infolge des Leugnens erreichen sollte.

Das Mandat ist als Contractsverhältniß anerkannt worden zwischen den Jahren 467[44]) und 631. u. c.[45]), vermuthlich schon in der Mitte des sechsten Jahrhunderts[46]). Dasselbe ist wahrscheinlich mit der Societät der Fall gewesen[47]); und vielleicht noch etwas früher mit der locatio conductio[48]).

Als nun spätestens etwa im Beginne des siebenten Jahrhunderts der Begriff des furtum auch auf das furtum usus und die Unterschlagung anvertrauter Sachen sich erstreckt hatte[49]): da erschien die Anwendung unsrer actio in duplum de perfidia auf die Fälle der

---

43) A. M. Rudorff, R.G. Bd. 1. §. 41. S. 99. zu Note 10. und Ztschr. für gesch. R.W. Bd. 14. S. 385. vgl. Huschke, das. Bd. 13. S. 267. und Gajus, S. 107 ff.

44) Zur Zeit der lex Aquilia war, wie wir gesehen haben, das Mandat noch kein Contract. S. Ihering a. a. O. S. 34. cit. Die lex Aquilia aber, ein plebiscitum, ist schwerlich älter als die lex Hortensia v. J. 467. d. St.

45) In diesem Jahre verweigerte C. Julius Caesar als praetor urbanus die Ertheilung der actio mandati gegen den Erben des Mandatars. Man hätte an die Möglichkeit ihrer Ertheilung gar nicht denken können, wenn nicht das Mandat bereits als Contract gegolten hätte. Jedenfalls hat spätestens wenige Jahre nachher der Prätor M. Livius Drusus (Consul 641.) das Mandat als Contract anerkannt, indem er die Klage gegen den Erben des Mandatars ertheilte. *Auctor* ad Herenn. II. 13. §. 19. S. auch *Cicero* pro Rosc. Amer. (a. u. 673.) 38. §. 111. — *majores* — existimabant itaque mandati judicium est constitutum.

46) *Plautus*, Mercator (nicht vor 558.) II. 3. v. 90 sqq. Trinummus (nicht vor 560.) I. 2. v. 72 sqq. Curculio (bald nach 561.) II. 3. v. 66 sqq. IV. 3. v. 1—21. S. Demelius, Ztschr. für R.G. Bd. 2. S. 196 ff.

47) *Plautus*, Rudens (ca. 562.) I. 4. v. 18 sq. II. 6. v. 67 sq. S. Demelius, das. S. 195 f.

48) S. Demelius, das. S. 189 ff.

49) S. oben nach Note 23.

Sachmiethe, des Mandates, der Societas einerseits überflüssig und anderseits zu hart. Ueberflüssig, sofern in den Fällen eines furtum neben der Contractsklage die, vielleicht damals schon zur reinen Strafklage gewordne, actio furti anwendbar war; zu hart, sofern das eigennützige Zurückhalten eigner Sachen, nunmehr als Contractsbruch belangbar, also des Schutzes der Delictsklage nicht mehr bedürftig, dem geschärften Rechtssinne nicht mehr als Delict erscheinen wollte. Abgesehen von Fällen dieser letztern Art hätte gleichwohl jene Klage neben der actio locati, mandati, pro socio immerhin fortbestehen können, wie die actio rationibus distrahendis neben der actio tutelae. Allein sobald der Begriff einer Vertragsverbindlichkeit aus Mandat und Societät zur klaren Anschauung gelangt war, mußte man fühlen, daß die Pflicht zur Rückgabe anvertrauter Vermögensstücke hier nur eine zufällige und, wo sie vorhanden, nebensächliche sei, daß mithin die Klage wegen Bruches dieser Pflicht hier nicht recht passe. Bei der Sachmiethe freilich blieb auch nach Ausbildung der Contractsnatur die Pflicht zur Rückgewährung des Miethgegenstandes nothwendig und wesentlich, aber die hier ebenfalls nothwendige und wesentliche Gegenleistung nahm dieser Obligation den Charakter des Vertrauensverhältnisses, sodaß hier nicht füglich mehr der Treubruch geahndet werden konnte. So erklärt es sich, daß unsre actio in duplum de perfidia ihre Anwendung auf Sachmiethe, Mandat und Societät verlor und ausschließlich beschränkt blieb auf solche Fälle, in denen es sich nothwendig und wesentlich um die Rückgabe von Sachen handelt, welche kraft eines persönlichen Vertrauensverhältnisses hingegeben worden sind, — mithin auf die Fälle von der materiellen Bedeutung des Depositums, des Commodates, der Pfandgebung.

§. 23. Entstehung des contractus fiduciae.

In der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts der Stadt erscheint ein, wahrscheinlich schon etwas früher entstandener, Contract, welcher in das Bereich eben dieser Fälle gehört: der *contractus fiduciae.*

Gemäß der fast ausnahmslos herrschenden Ansicht bezieht sich contractus fiduciae ausschließlich auf diejenige Kategorie dieser Fälle,

in denen eine Sache mit der Pflicht der Rückübertragung in das Eigenthum des Empfängers übertragen wird. Nur darüber herrscht Streit, ob der contractus fiduciae nothwendig Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder durch in jure cessio erfordert habe [50]); oder aber, ob derselbe auch bei der Eigenthumsübertragung durch einfache Tradition statthaft gewesen sei [51]).

Für die spätere Zeit läßt sich die behauptete Beschränkung in ihrer engsten Form nicht in Abrede stellen. Allein es wäre denkbar, daß der contractus fiduciae ursprünglich einen weit umfassendern Inhalt gehabt und jene Beschränkung erst im Laufe der Zeit erhalten hätte.

Um hierüber zu einer möglichst klaren Anschauung zu gelangen, wollen wir uns die legislatorischen Beweggründe zu vergegenwärtigen suchen, welche die Entstehung des contractus fiduciae veranlaßt haben können.

So viel wir sehen, lassen sich hierfür zwei wesentlich verschiedene Ausgangspuncte denken.

Der eine derselben, von dem aus der contractus fiduciae auf den Fall der Eigenthumsübertragung beschränkt bleibt, wurzelt etwa in folgenden Betrachtungen.

Der Deponent, der Commodant, der Pfandgeber hat gegen den Depositar, den Commodatar, den Pfandgläubiger, wie gegen jeden Dritten, von jeher zur Wiedererlangung seiner Sache die rei vindicatio gehabt; nach der Aufstellung der possessorischen Interdicte wurden zu gleichem Zwecke auch diese wenigstens den beiden erstgenannten gegeben. Wer dagegen einem Andern sub pacto fiduciae sein Eigenthum übertrug, hatte ursprünglich nur die besprochne Delictsklage gegen den Empfänger. Gerade hier also, möchte man meinen, habe zuerst das Bedürfniß eines weitern Schutzmittels fühlbar

50) So z. B. Huschke, Ztschr. für gesch. R.W. Bd. 14. S. 243 f. Bachofen, Pfandrecht. S. 2. Note 1. Ihering, Geist. Bd. 2. §. 46. zu Note 688. Dernburg, Pfandrecht. Bd. 1. S. 10. Note 9. Demelius, Ztschr. für R.G. Bd. 2. S. 230.

51) So Muther, Sequestration. S. 378. cf. S. 48. Note 2. Rein, Privatr. S. 245.

werden müssen. Ein solches aber habe sich in der Contractsklage gezeigt. So dürfe man annehmen, daß diese Klage für das letzte der genannten Verhältnisse zuerst ertheilt worden sei.

Ist nun wirklich der Schutz, welchen die rei vindicatio und das possessorische Interdict gewähren, so viel umfassender oder so viel leichter und sicherer zu erreichen, als derjenige, welchen unsre actio in duplum de perfidia giebt? Und ist ferner die Contractsklage geeignet, diese Differenz auszugleichen? — Nur die gleichzeitige Bejahung beider Fragen würde die Einführung der Contractsklage erklären.

Eben deshalb dürfen wir von vornherein ganz absehen von dem Vortheile, welchen die rei vindicatio als in rem actio etwa vor der actio in duplum als obligatorischer Klage hat: denn auch die Contractsklage ist in personam. Und ebenso wenig kömmt der Gewinn in Betracht, welchen die hohen Proceßbußen des Interdictenverfahrens per sponsionem, namentlich bei den prohibitorischen interdicta duplicia retinendae possessionis, dem Sieger versprechen: denn hiervon kann selbstverständlich auch bei der Contractsklage nicht die Rede sein.

Wohl dagegen könnte man an folgenden Punct denken. Die actio in duplum erheischt den Nachweis der perfidia des Beklagten. Mit der rei vindicatio dagegen haftet, wenigstens zu classischer Zeit, der malae fidei possessor von Beginn seiner mala fides an für jede Beschädigung der Sache, die ihm auch nur zur culpa zugerechnet werden kann; und ihm liegt es ob, den Nachweis seiner Schuldlosigkeit zu liefern. Der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger aber, welcher mit der rei vindicatio wirksam belangt werden kann, ist stets in mala fide. Diese wichtige Differenz scheint nun aufs Schönste ausgeglichen durch die Contractsklage. Ja, diese ist, wenn wir von den etwaigen Gradunterschieden in der Haftung für culpa in non faciendo absehen, welche anfangs gewiß noch nicht ausgebildet waren, in der fraglichen Rücksicht sogar noch etwas vortheilhafter, als die rei vindicatio, weil sie vom Kläger nur den Nachweis des Contractsabschlusses fordert.

Allein so richtig das Gesagte für die rei vindicatio per formulam petitoriam sein mag, so wenig paßt es für die alte vindi-

catio sacramento in rem. Diese hatte nicht einmal mittels eines connexen Rechtsbehelfes, etwa mittels des arbitrium liti aestimandae oder mittels der praedes litis et vindiciarum, den bezeichneten Umfang. Denn, wenn diese Rechtsbehelfe sich von Anfang an überhaupt auf culpa, insbesondre auch auf culpa in non faciendo erstreckten[51a]), so gingen sie doch immerhin nicht gegen den mit der Vindication Angegriffenen als solchen, sondern nur dann gegen ihn, wenn er die Vindicien erhalten hatte. Seine Haftung in der fraglichen Beziehung begann daher auch erst mit dem Augenblicke, in welchem ihm die Vindicien ertheilt worden waren.

Entsprechendes gilt hinsichtlich der Haftung für die Früchte der Hauptsache. Die vor der Vindicienregulirung gezognen Früchte konnten nur ex caussa furtiva[51b]), oder doch nur ex injusta caussa überhaupt in Anspruch genommen werden; in den uns hier angehenden Fällen also, bevor es eine condictio ex injusta caussa gab, wohl nur mit unsrer actio in duplum de perfidia. — Die Haftung für mora endlich, welche die formula petitoria ebenfalls dem Beklagten aufbürdete, war der vindicatio sacramento vollends unbekannt.

Was hier von dieser Klage gesagt worden ist, darf ohne weiteres auf die actio in rem per sponsionem erstreckt werden, wie ja die cautio pro praede litis et vindiciarum bei letzterer geradezu nach der Haftung der praedes litis et vindiciarum bemessen worden ist. Auf diese beiden Formen aber war die römische Eigenthumsklage höchst wahrscheinlich noch zu Ciceros Zeit beschränkt[52]). Aber wäre auch die formula petitoria für Processe unter römischen Bürgern schon früher in Uebung gewesen: es fällt schwer, zu glauben, daß die Haftung für culpa von ihr auf die Contractsklage über-

---

51a) Vgl. *Pseudo-Ascon.* ad *Cic.* in Verr. II. 1. 45. §. 115. (Or. p. 191. lin. 19 sqq.) „Praedes — dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea, qui tenet, diffidens caussae suae, possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores, et *culta deserat*". — S. auch Jhering, Geist Bd. 3. §. 54. S. 182.

51b) So Jhering, Geist. Bd. 3. S. 31. und S. 179 f.

52) *Cicero* pro Murena. 12. §. 26. (a. u. 691.) de Orat. I. 38. §. 173. arg. in Verr. II. 1. 45. §. 115. vgl. das. 2. 12. §. 31. (a. u. 683.)

tragen worden sei und nicht vielmehr umgekehrt von dieser auf jene.

Irgend ein andrer Vorzug, welchen in ihrer Richtung gegen den Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger selbst die rei vindicatio vor der actio in duplum vorausgehabt hätte, und welchen die Contractsklage hätte ausgleichen können, dürfte wohl nicht zu finden sein.

Dasselbe ist vom possessorischen Interdicte zu sagen. Nicht einmal der Beweis des Besitzes kann in den uns angehenden Fällen leichter sein, als der Nachweis der perfidia. Denn da der Depositar, der Commodatar jedenfalls die streitige Sache in Händen hat, so muß der Deponent, Commodant, um darzulegen, daß er selbst gleichwohl juristischer Besitzer sei oder bis zur Besitzaneignung seitens des treulosen Detentors gewesen sei, eben das Verhältniß nachweisen, gemäß welchem sein Gegner nur sein Detentor ist oder war; und um den Nachweis der vis contra interdictum facta zu führen, hat er eine Handlung dieses Detentors darzuthun, welche eben nicht weniger enthält, als eine perfidia, wie sie auch zur Begründung der actio in duplum hinreichen würde.

Gewichtiger scheint ein andrer Unterschied in der Haftung des Depositars, Commodatars, Faustpfandgläubigers auf der einen, und des Fiduciars auf der andern Seite. Jene sind mit der actio legis Aquiliae für jede culpa in faciendo verantwortlich; dieser als Eigenthümer der ihm anvertrauten Sache kann mit jener Klage nicht belangt werden, die Contractsklage hingegen macht ihn in gleicher Weise haftbar.

Es ist indessen nicht zu übersehen, daß der Fiduciar selbst gerade in seiner Eigenschaft als Eigenthümer, wennschon als nur zeitweiliger Eigenthümer, ein dringendes Interesse daran haben muß, dieselbe möglichst zu schonen. Vollends wenn wir annehmen, unsre actio de perfidia habe auch den Fall der absichtlichen Beschädigung oder Zerstörung der anvertrauten Sache betroffen, erscheint das Bedürfniß nach einer Contractsklage für das fragliche Verhältniß nicht eben dringend. Jedenfalls haben die Römer dasselbe nicht sehr frühzeitig empfunden. Bei Plautus wird einer solchen Klage

nicht erwähnt[52a]); und so hätte sie immerhin gänzlich unterbleiben mögen, wenn keine andre Veranlassung zu ihr vorlag.

Vielleicht war diese in Rücksicht auf den Erben des Fiduciars geboten? Der Erbe des Depositars, Commodatars, Pfandgläubigers haftet, zwar nicht als Erbe, wohl jedoch als Besitzer der seinem Erblasser anvertrauten Sache mit der rei vindicatio; Besitzer aber wird er, falls sein Erblasser die Sache redlich behütet hat, meist, falls jener dieselbe unterschlagen hat, häufig sein. Vergreift der Erbe sich an ihr, so begeht er schon nach altem Rechte unzweifelhaft ein furtum, da er es ja nicht ist, dem die Sache anvertraut worden; und alsdann ist er mithin auch der actio furti ausgesetzt. Immerhin hat der Eigenthümer auch gegen einen dritten Besitzer die rei vindicatio, wie gegen einen fur extraneus die furti actio. Ganz anders bei der fiducia. Für die Treulosigkeit des Erblassers haftet freilich der Erbe, soweit infolge davon die Erbschaft bereichert auf ihn gekommen ist[52b]); aber nicht blos gegen jeden extraneus ist der frühere Eigenthümer unter allen Umständen klaglos, sondern auch den Erben des Fiduciars kann er für sein eignes Handeln nur mittels einer Contractsklage zur Verantwortung ziehen.

Sollte aber die Contractsklage in der That eingeführt worden sein, um den Erben des Fiduciars haftbar zu machen? Oder setzt nicht vielmehr die Haftbarkeit des Erben schon voraus, daß das Verhältniß zwischen dem Erblasser selbst und dem frühern Eigenthümer als Contract anerkannt worden war? — Jedenfalls trifft auch hier die Bemerkung zu, daß die Römer nicht allzu rasch bereit waren, dieses vermeintliche Bedürfniß als solches zu empfinden, da, wie erwähnt, noch Plautus eine fiduciae actio nicht kennt. Einigermaßen übrigens wurde demselben durch das Institut der usureceptio fiduciae abgeholfen[52c]).

Uebrigens leuchtet unmittelbar ein, daß auf diese oder ähnliche

---

52a) Die fiducia *Bacch.* III, 3. v. 9. und IV, 4. v. 100., *Poenul.* V, 4. v. 39., *Trinummus* I, 2. v. 80. und v. 105. hat offenbar keinen technischen Sinn. S. auch *H. A. Zachariae*, comm. de fiducia. p. 3.

52b) Vgl. *Paull.* R. S. II. 13. §. 6.

52c) Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 9. S. 514.

Weise die Beschränkung des contractus fiduciae auf die Fälle der Eigenthumsübertragung durch mancipatio oder in jure cessio nicht zu erklären ist. Will man also nicht wenigstens diese Beschränkung als eine erst später eingetretene betrachten, so ist es erforderlich, für sie nebenbei eine besondre Erklärung zu geben.

Wer die Klagbarkeit des pactum fiduciae aus der nuncupatio bei der Mancipation herleitet, wird allerdings eine Erklärung bei der Hand haben, obschon ihn dieselbe für das pactum fiduciae bei der in jure cessio sogleich im Stiche läßt. Aber diese Auffassung des pactum fiduciae als eines integrirenden Stückes der lex mancipationis ist, wie wir gesehen haben, unhaltbar.

Anderseits bietet die gesuchte Erklärung sich ziemlich von selbst, wenn man annimmt, daß die Vereinbarung der Rückgabe, welche bei einer formlosen Tradition getroffen worden ist, von jeher klagbar, und zwar als Contract klagbar, gewesen sei. Alsdann war gerade umgekehrt das pactum fiduciae bei den förmlichen Acten der mancipatio und in jure cessio ursprünglich ohne rechtliche Wirkung und somit lediglich auf die fides des Empfängers gestellt. Und die später hier gegebne Klage blieb ganz natürlich eben auf diese Fälle beschränkt[53]). Allein wir glauben ja gerade jene Annahme bestreiten zu müssen. Und so steht für unsre Anschauung die Vereinbarung der künftigen Rückgabe gerade so neben der Tradition, wie das pactum fiduciae neben der mancipatio oder der in jure cessio. Wie die beiden letztgenannten Geschäfte in ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit durchaus unabhängig sind von diesem pactum, so ist es auch die Tradition von jener Vereinbarung; und wie umgekehrt die mancipatio und in jure cessio von ihrer rechtlichen Gültigkeit nichts auf dieses pactum übertragen, so überträgt auch die Tradition nichts von der ihrigen auf jene Vereinbarung. Es bleibt mithin ein jeder

53) Dies scheint mir die Ansicht Jhering's, Geist. Bd. 2. §. 46. zu Note 688. zu sein. — Die Deduction von Demelius, Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 230., welche sich der Ausführung Jhering's scheinbar anschließt, dürfte gerade deshalb ganz unschlüssig sein, weil Demelius die ursprüngliche Existenz der Realcontracte auf Rückgabe derselben Species leugnet.

reeller Unterschied zwischen diesem pactum und jener Vereinbarung unerfindlich.

Von dem bisher besprochnen Ausgangspuncte aus dürfte demnach die Entstehung des contractus fiduciae nicht zu erklären sein. Wir werden also von selbst zu dem andern Ausgangspuncte hingetrieben.

Für Verträge, die, wie Kauf, Miethe, Mandat, Societät, zu einer Leistung mit materiell eignen Mitteln verpflichten, ist die Contractsnatur von selbst und nothwendig gegeben, sobald das Recht sie überhaupt als Verträge von solchem Inhalte anerkennt. Es ist entweder ganz unthunlich, ihre Verletzung zu einem Delicte zu stempeln, oder doch nur zufällig und in sehr einseitiger Beschränkung möglich[53a]). Vollends beim Darlehnsvertrage ist es undenkbar, mittels einer Delictsklage dem Gläubiger Schutz zu ertheilen. Anders ist das mit denjenigen Verträgen, welche lediglich auf Rückgabe einer anvertrauten Sache in specie gehen. Für sie ist der Schutz aus dem Delictsgesichtspuncte nicht allein sehr natürlich, sondern auch, wie wir gesehen haben, nahezu ausreichend. Und zwar macht es für diesen Schutz keinen Unterschied, ob der Gläubiger Eigenthümer der anvertraueten Sache bleibt oder nicht. Denn materiell betrachtet erscheint auch im letztern Falle die Sache nicht als eigne Sache des Empfängers: die von ihm übernommene Leistung besteht in Wahrheit auch hier nur in der Rückgabe einer fremden Sache[53b]). Allmählich jedoch fängt man an, zu fühlen, daß zur vollen Erfüllung der übernommenen Vertrauenspflicht nicht schon die bloße Abwesenheit der perfidia genüge. Man fordert immer entschiedener, daß der Empfänger der anvertraueten Sache dieselbe auch durch positive Maßregeln gegen Verlust und Beschädigung zu sichern sich bemühe; m. a. W. man macht ihn auch für culpa in non faciendo verantwortlich. Und damit ist dann auch diesen Verträgen der Contractscharacter aufgedrückt, — wie ganz analog durch die Haftbarmachung des Tutors für culpa in non faciendo die Tutel zum Quasicontracte geworden ist.

53a) S. Dernburg, Compensation. 2. Aufl. S. 55 ff.
53b) Cf. *Paull.* R. S. III. 6. §. 16.

Erst mit der Anerkennung des pactum fiduciae als eines Contractes vermuthlich hat das Obligationenrecht einen wichtigen Schritt zur weitern Entwickelung gethan. Die Consensualcontracte werden wir auf ihrer Anfangsstufe als stricti juris zu denken haben, etwa so, daß sie sich von je zwei einander gegenüberstehenden Stipulationen nur durch ihre Formlosigkeit unterschieden[54]). Die Lehre von der Culpa und Mora[55]), von der Compensation und Retention u. s. w. war noch unentwickelt, und somit auch noch der Begriff der obligatio bonae fidei. An der Pflicht, eine anvertraute fremde Sache in specie zu restituiren, scheint zuerst die Haftung für culpa in non faciendo sich entwickelt zu haben[55a]); und da die Beurtheilung dieser Haftung ein freies Ermessen nach den concreten Verhältnissen des Falles erheischt, so war mit der Anerkennung jener Pflicht als eines Contractes der erste contractus bonae fidei gegeben. Der Beweis hierfür liegt in der Clausel der actio fiduciae: »ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione«[55b]). Abgesehen von der actio rei uxoriae mit ihrem quantum aequius melius —, erscheint nach dieser Clausel die actio fiduciae als die

---

54) S. Dernburg, a. a. O. S. 60 ff.

55) Arg. l. 91. pr. §. 3. D. de V. O. 45, 1. — Nicht widersprechend ist *Cicero* pro Roscio Am. (a. u. 673.) 38. §. 111. — si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi caussa, verum etiam *negligentius*, eum majores summum admisisse dedecus existimabant. itaque *mandati* constitutum est *judicium*, non minus turpe quam furti. — Ein directer Beweis dafür, daß die actio venditi noch im Anfange des 7. sec. u. den Anspruch auf Ersatz wegen der mora accipiendi des Käufers nicht enthielt, liegt m. E. in l. 38. §. 1. D. de A. E. et V. 19, 1. Hier geben S. Aelius (Cons. 556.) und C. Livius Drusus (Cons. 606.) statt der actio venditi ein besondres arbitrium pro cibariis. Die Billigung des Celsus braucht nicht auch auf das Rechtsmittel bezogen zu werden.

55a) Vgl. l. 66. pr. D. sol. matr. 24, 3. In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eam praestare oportere, Servius ait. ea sententia *Publii Mucii* (Conf. 621.) est. nam is in Licinnia, Gracchi uxore [statuit], quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat (a. u. 633), periissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.

55b) *Cicero* de Off. III, 17. §. 70. cf. 15. §. 61. Top. 17. §. 66. ad fam. 7, 12.

älteste aller actiones bonae fidei, — man müßte denn annehmen wollen, daß ältere hierher gehörige Klagen die entsprechenden ursprünglichen Clauseln später gegen das offenbar jüngere ex fide bona vertauscht haben[56]). Außerdem aber weiset das ut — *bene agier* oportet —, wenn ich nicht sehr irre, gerade darauf hin, daß im contractus fiduciae, ähnlich wie in der obligatio rei uxoriae, die bona fides nicht sowohl auf den Inhalt und Umfang der übernommenen Verbindlichkeit bestimmend wirke, als vielmehr auf die Art und Weise, wie diese Verbindlichkeit zu erfüllen sei; und das folgende et sine fraudatione, welches ganz müssig erscheint, sofern man in dem ut inter bonos bene agier oportet genau so viel findet, wie in dem ex fide bona, wird bedeutsam, ja, nothwendig, wenn man die vorhergehenden Worte ausschließlich von der diligentia versteht[56a]). Die Clausel schließt alsdann culpa und dolus beides ausdrücklich aus.

§. 24. Ursprünglicher Umfang des contractus fiduciae.

Die alte actio in duplum de perfidia bezog sich, wie wir gesehen haben, gleichmäßig auf die Fälle, welche eine jüngere Zeit als Fiducia, Depositum, Commodatum, Pignus unterschied. Es sind dies sämmtliche Fälle der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species[56b]). Auch ohne äußere Beweisgründe, meine ich, werden wir genöthigt, anzunehmen, daß der con-

---

56) Hierin liegt auch ein Anhaltspunct, das Alter der actio tutelae zu bestimmen. Daß sie jünger ist, als die actio rationibus distrahendis, darf nicht bezweifelt werden. Krüger, processſ. Consumtion S. 105. von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. I. S. 165 f. Note 6. Ihering, Schuldmoment S. 36.

56a) S. freilich *Cicero* de Off. III. 15. §. 61. — quum dicitur: *inter bonos bene agier* — quidquam agi dolose aut malitiose potest? Allein, entweder hat Cicero hier die vollständige Clausel im Sinne, also auch das *et sine fraudatione;* oder es hatte sich damals der Begriff der bona fides schon so ausgebildet, daß in dem inter bonos bene agier selbstverständlich auch der Ausschluß des Dolus lag, das et sine fraudatione jetzt mithin überflüssig erschien.

56b) Daß auch die Fiducia im spätern Sinne ein Realcontract war, ergiebt sich nach Ihering's Auffassung ihrer Klagbarkeit von selbst.

tractus fiduciae ursprünglich ebenso alle jene Fälle umfaßt habe[56c]). Die Pflicht zur Rückgabe einer anvertraueten Sache muß einem einfachen Sinne zunächst als eine und dieselbe erscheinen, mag auch in den einzelnen Fällen der materielle Zweck der Hingabe dieser Sache ein verschiedener, oder das formelle Recht, welches der Empfänger der Sache daran erhält, ein anderes sein. Denn derartige Unterschiede können im Rechtsleben erst dann zu einer Spaltung des einheitlichen Begriffes führen, wenn sich praktische Folgen an sie knüpfen. Solche aber lassen sich für die ältere Zeit schwerlich nachweisen.

Nun jedoch fehlt es auch keineswegs an äußeren Argumenten für unsere Behauptung.

Zuvörderst spricht für dieselbe der Name fiducia. »Nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur«[57]). So wird noch in classischer Zeit nicht blos bei der Uebertragung des Eigenthums mittels der in jure cessio oder mancipatio, sondern ebenso auch bei der Uebertragung des mancipium und der manus technisch von fiducia gesprochen[58]). Hierher gehört auch der bekannte Ausdruck heres fiduciarius für denjenigen Erben, welcher die ihm überkommene Erbschaft ganz oder theilweise wiederherausgeben soll[59]).

56c) So auch Schrader ad §. 28. J. de actt. 4, 6. ad vv. depositi — commodati — pigneraticia] und Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 9. S. 514 f. S. 517 f.

57) *Boëthius* ad Ciceronis top. c. 10. Or. p. 340. s. oben §. 19. Note 14. — Wahrscheinlich stammt die Bezeichnung noch aus der Zeit, in welcher der Vertrag als Contract noch nicht galt, mithin, sofern die Rückgabe nicht erzwungen werden konnte, allein auf Treue und Glauben beruhte. S. Rein, Privatr. S. 246. Vgl. auch folg. Note. vgl. auch *Gaj.* III. 285. §. 1. J. de fideic. hered. 2, 23.

58) l. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull. 38, 17. §. 8. J. de legit. agnat. succ. 3, 2. — Gaj. I. 114 sqq. u. s. w. — Für den Fall der coëmptio fiduciae caussa facta kann es nie eine Klage gegeben haben. Diese hätte der Frau selbst zustehen müssen: die gewaltunterthänige Person aber kann gegen ihren Gewalthaber nicht klagen Später fand hier wohl extra ordinem Hülfe statt. Für den Fall der Uebertragung des mancipium dagegen fand ohne Zweifel die actio fiduciae statt. arg. a contr. *Collat.* II, 3.

59) l. 46. l. 67. §. 3. D. ad SC. Trebell. 36, 1. l. 9. §. 1. D. de R. Cr. 12, 1.

Und bei nichtjuristischen Schriftstellern wird als fiduciar auch ein Amt, eine Herrschaft, eine Stadt bezeichnet, welche widerruflich oder mit der Vereinbarung der Rückgabe übertragen worden sind[60]).

Aber selbst der contractus fiduciae der classischen Zeit in seiner Beschränkung auf die Eigenthumsübertragung unterscheidet sich von den übrigen Realcontracten wesentlich dadurch, daß er nicht, wie diese, einen bestimmten materiellen Zweck der Hingabe voraussetzt. Es ist ganz sicher, daß er sowohl dem Zwecke der Pfandgebung, wie demjenigen der Hinterlegung dienen kann[61]). Er scheint aber ebenso auch zu andern Zwecken gebraucht worden zu sein[62]).

Hiernach darf es als erwiesen gelten, daß sprachlich und begrifflich nichts der Annahme entgegentritt, der contractus fiduciae, welcher selbst in seiner spätern Beschränkung mehr oder minder einen generellen, abstracten, formalen Character bewahrt hat, sei ursprünglich über das Gebiet der Eigenthumsübertragung hinausgegangen.

Weiter aber fehlt es auch nicht an Spuren dafür, daß er gerade das Gebiet der späteren contractus depositi, commodati, pignoris ergriffen habe.

Eine nahe Beziehung dieser Geschäfte zur Fiducia ergiebt sich schon aus der Titelrubrik von Paullus receptae sententiae II, 4. »De commodato et deposito, pignore fiduciave«. Schwerlich darf diese Rubrik mit Cujacius[63]) und Andern so gelesen werden, als

60) *Caesar* de bello civ. 2. c. 17. §. 1. *Hirtius* de bello Alex. c. 23. §. 2. *Livius* 32. c. 38. *Curtius* 5. c. 9.

61) *Gaj.* II. 59. 60.

62) *Boëthius* l. c. „Fiduciam accepit, *cuicunque* res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet“ etc. S. auch l. 42. (Seja.) pr. D. de mort. c. donatt. 39, 6. und dazu Keller in Ztschr. für gesch. RW. Bd. 12. S. 400 ff. und Instit. §. 339. S. 344. 348. Mor. Voigt, Ueber die condictiones ob causam S. 792. Note 627. S. 710 ff. A. M. Huschke in Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 2. S. 201 ff. — *Vat. fragm.* 51. i. f. — l. 49. D. de donatt. i. v. et u. 24, 1.

Noch weiter geht z. B. *Cujacius,* Notae ad tit. J. 3, 2. de legit. agn. succ. (§. 8) ad v. Qui contracta fiducia. Vgl. *Conradi,* de pacto fiduciae. Exercit. I. §. X.

63) Ad h. l. Malo legere sine interpunctione *et deposito pignore*, ut in proximi tituli prima sententia, pignus depositum, et in lib. V. tit. 26.

ob deposito Apposition zu pignore wäre. Vielmehr wird sie, mindestens dem Sinne nach, richtig ergänzt von Huschke[64]), welcher zwischen deposito und pignore einschiebt: item de. Vermuthlich ist diese Rubrik, wie so viele andre der receptae sententiae und der Pandekten, wörtlich dem Edicte entnommen und führt somit, kraft der tralaticischen Natur des Edictes, weit in die Vorzeit zurück[65]). Dem gemeinsamen Titel folgen im breviarium noch besondre für das Pignus (II, 5), das Depositum (II, 12) und die Fiducia (II, 13); der Specialtitel für das Commodat ist, wie Huschke vermuthet, wohl von den westgothischen Compilatoren mit dem gemeinschaftlichen verschmolzen, was hier um so weniger auffallen kann, als in der Titelrubrik des letztern eben das Commodatum voransteht.

Jene Zusammengehörigkeit unsrer Contracte heben selbst die Pandektenfragmente der classischen Juristen noch heraus, indem sie bemerken, daß Commodat, Depositum, Pignus gemeinsam unter den Begriff des credere auf Rückempfang derselben Species gehen[66]).

(§. 4) et l. 36. D. de cond. ind. Nam de deposito est tit. 12. At de fiducia quoque est tit. 13. Sed pignori proxima est fiducia. Depositum cum pignore fiduciave aut commodato nihil habet simile vel propinquum". Hiergegen reicht schon die Frage aus: was für nahe Beziehungen haben pignus und fiducia zum commodatum, wenn dem depositum solche zu beiden fehlen? Auch Rudorff's Berufung auf *Paull.* R. S. V, 26, 4. und l. 36. D. de cond. indeb. 12, 6. (De jurisd. edictum. §. 100. Note 1.) scheint mir nichts gegen Huschke zu beweisen.

64) Jurispr. antejust.

65) Nach den Inscriptionen der Pandektenfragmente behandelt Gajus ad edictum prov. Commobat, Pignus, Depositum sämmtlich in Buch 9; Ulpian ad edictum das Commobat in Buch 28, das Pignus in Buch 28. 30. 31, das Depositum in Buch 30. 31. (17); Paullus ad ed. das Commobat in Buch 29. (22), das Pignus in Buch 29, das Depositum in Buch 31. 17. 18. (60). In den Sabinuscommentaren behandelt das Commobat Pomponius in Buch 5. 11, Ulpian in Buch 29. 48, Paullus in Buch 5; das Pignus Pomponius in Buch 6. 18. 19. 35, Ulpian in Buch 40. 41; das Depositum Pomponius in Buch 22, Ulpian in Buch 41. — Leist, Versuch einer Geschichte der Röm. Rechtssysteme, Taf. 1. zeigt für das Sabinussystem eine vielfach abweichende Anordnung.

66) l. 1. l. 2. pr. cf. §. 3. D. de R. Cr. 12, 1. l. 1. pr. D. dep. 16, 3. l. 9. pr. D. de duob. reis 45, 2. S. M. Voigt, Ueber die condictiones ob causam S. 268. Note 200 in der Mitte.

Die Erwähnung der Fiducia i. e. S. in diesem Zusammenhange ist sicher nur infolge der Interpolation verschwunden.

Bei Cicero pro Flacco c. 21. §. 51 [67]) finden wir den Ausdruck fiducia geradezu gebraucht, um ein Pfand zu bezeichnen, wo an eine fiducia i. e. S. gar nicht gedacht werden kann. Denn es handelt sich hier um ein Grundstück in der Feldmark der Stadt Temnus in Aeolien (fundus paternus des Lysanias, eines Bürgers jener Stadt), welches im Jahre 694. d. St. sicherlich nicht das commercium hatte [67a]), also weder mittels der mancipatio, noch mittels der in jure cessio sub pacto fiduciae verpfändet werden konnte. Ob übrigens das Pfandverhältniß dieses Grundstücks genau dasjenige eines römischrechtlichen pignus war, oder ob dasselbe sich nach abweichendem kleinasiatischem Provinzialrechte beurtheilte: das ist gegenwärtig für uns gleichgültig. Es genügt für unsern Zweck vollkommen, dargethan zu haben, daß ein von der bei Gajus II. 60. beschriebenen fiducia cum creditore pignoris jure contracta verschiednes Pfandverhältniß am Ende des siebenten Jahrhunderts der Stadt ebenfalls als fiducia erscheint.

Hieran ändert auch der Umstand nicht das Geringste, daß Cicero das Commodat und das Depositum wiederholt mit besonderen Ausdrücken bezeichnet [68]). Denn es ist ja ganz selbstver-

---

67) Venio ad Lysaniam ejusdem civitatis (Temnus in Aeolien), peculiarem tuum, Deciane, testem: quem tu quum ephebum Temni cognosses, quoniam te nudus delectarat, semper nudum esse voluisti: abduxisti Temno Apollonidem. pecuniam adolescentulo grandi foenore, *fiducia* tamen *accepta,* occupavisti. *hanc fiduciam commissam* tibi dicis: *tenes hodie ac possides.* Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni venire ad testimonium dicendum coëgisti etc.

67a) Denn selbst wenn man C. Julius Cäsar als denjenigen ansieht, welcher das jus Italicum zuerst verliehen hat, so wird man diese Verleihung doch nicht früher setzen dürfen als 705. d. St. Vgl. Walter, röm. RG. Bd. 1. S. 319.

68) a. das Commodatum mit utendum dare: Verr. II. 18. §. 46, Tuscul. III. 17. §. 36. — mit commodare: Verr. IV. 3. §. 6. (vgl. pro Marcello 6. §. 19. de Off. I. 16. §. 51. cf. 17. §. 52). — (A. M. *Desjardins* p. 137. zu Note 1, wo Verr. IV. 3. citirt ist, aber offenbar ganz unpassende Worte daraus abgedruckt werden). — b. das Depositum mit deponere:

ständlich, daß die Römer von jeher die natürlichen Unterschiede der Vereinbarungen bemerken mußten, unter denen jemand seine Sache einem Andern anvertrauet, — gleichviel ob an diese natürlichen Unterschiede sich rechtliche Verschiedenheiten knüpfen oder nicht. So finden wir schon bei Plautus derartige Unterschiede beachtet[69]), obwohl Plautus eine Contractsklage auf Rückgabe einer anvertrauten Species noch nicht kannte. — Uebrigens werden wir in §. 26. sehen, daß zu Ciceros Zeit allerdings auch schon besondre Klagformeln für Commodat und Depositum bestanden. —

Eine ähnliche Einschränkung des ursprünglich umfassendern Begriffes und eine ähnliche Spaltung des von diesem Begriffe anfangs umschlossenen Gebietes in verschiedene, seitdem getrennte Begriffsgebiete, wie wir beides hinsichtlich der Fiducia behaupten, hat bekanntlich bei der *obligatio empti venditi* unzweifelhaft stattgefunden. Anfangs hieß emptio venditio jede Willenseinigung, kraft deren zwei Parteien sich zur definitiven Hingabe von Vermögensstücken gegenseitig verpflichteten[69a]); erst Nerva und Proculus haben es durchgesetzt, daß ein derartiges Geschäft als Kauf nur dann gilt, wenn von der einen Seite die Leistung einer Geldsumme als des Preises gegen die Leistung eines beliebigen Vermögensstückes als der Waare von der andern Seite zugesagt wird. Die hiermit vom Begriffe der emptio venditio ausgeschiedenen Fälle wurden zum guten Theile[69b]) nunmehr als besondrer Contract anerkannt, welcher,

---

Verr. IV. 16. §. 36. de lege agr. II. 16. §. 41. Parad. III. 1. de Off. I. 10. §. 31. III. 25. §. 95. (de legibus II. 16. §. 41.) — mit commendare: de legg. II. 9. §. 22. 16. §. 40.

69) S. Demelius, Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 222 ff. — S. auch *Cato* de R. R. c. 5. §. 4. (utendum dare und rogare). — *Auctor* ad Herenn. IV. 51. §. 64. (commodare.) *Brutus* bei *Gell.* VI. (VII.) 15. §. 1. (s. oben zu Note 24.) (utendum accipere.) Q. *Mucius Scaevola* das. §. 2. (ebenso und servandum dare.)

69a) S. auch Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 138 ff. *Festus* s. v. redemptores. *Paull. Diac.* s. v. emere. l. 29. §. 1. D. de statulib. 40, 7. Vielleicht hatte noch in der formula Publiciana das emere ursprünglich diese weitere Bedeutung. A. M. Stintzing, Das Wesen von Bona fides und Titulus etc. S. 106 f.

69b) Nämlich dann, wenn es sich nicht blos um das habere licere, sondern

zwar nicht in der technischen Sprache der Formeln, wohl aber im vulgären Leben permutatio hieß. Die Sonderung aber der permutatio von der emptio venditio im neuern engern Sinne war so durchgreifend, daß jener Vertrag den Consensualcontracten gar nicht beigezählt wurde. — Dieser Hergang fällt, wie erwähnt, in eine verhältnißmäßig späte Zeit; gleichwohl findet sich, außer einigen absichtlichen Erörterungen desselben[70]), kaum eine beiläufige Spur davon in unsern Quellen[71]). Dürfen wir uns wundern, daß sie völlig schweigen von dem ähnlichen Hergange hinsichtlich des contractus fiduciae, welcher obendrein, wie wir alsbald sehen werden, in eine erheblich frühere Zeit gefallen ist? Oder mußten nicht die Compilatoren jede derartige Spur und vollends jede absichtliche Erörterung desselben mit der Erwähnung des contractus fiduciae selbst tilgen? Die Institutionen des Gajus jedoch übergehen die gesuchte Erörterung selbstverständlich, weil sie in der Contractenlehre bekanntlich die Fiducia nicht behandeln.

§. 25. Fortbauer der actio in duplum de perfidia.

Einige besonders gewichtige Beweisgründe für die Richtigkeit unsrer Hypothese von der Entwickelung des contractus fiduciae werden demnächst in anderm Zusammenhange in den §§. 26. und 27. vorgeführt werden. Hier mag, ehe wir weiter gehen, noch die Frage stattfinden: blieb die actio in duplum de perfidia aus den Zwölf Tafeln neben der jüngern Contractsklage aus der Fiducia bestehen?

---

um die wirkliche Uebertragung des Eigenthums (dare) handelte. l. 1. §. 3. D. de rer. permut. 19, 4. l. 16. D. de cond. c. d. 12, 4. l. 1. Cod. de rer. permut. 4, 64.

70) l. 1. D. de C. E. 18, 1. §. 2. J. de E. et V. 3, 23. *Gaj.* III. 141.

71) Als solche mag immerhin gelten l. 7. Cod. de rer. perm. 4, 64. (Dioclet.) Emptionem rebus fieri non posse, pridem placuit. Aus den übrigen bei Schrader zu §. 2. J. cit. 3, 23. adv. valde quaerebatur] aufgeführten Stellen: l. 16. D. de cond. c. d. 12, 4. l. 1. D. de rer. permut. 19, 4. l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5. l. 1. Cod. de rer. permut. 4, 64. ergiebt sich eine erkennbare Spur der fraglichen Entwickelung nicht.

Für die Bejahung spricht zuvörderst die Analogie der actio rationibus distrahendis. Diese bestand noch zu Justinians Zeit neben der jüngern actio tutelae[72]). Außerhalb der Compilation Justinians wird sie jedoch in den uns überlieferten juristischen Schriften nur noch Einmal erwähnt, nämlich in *Paullus* receptae sententiae II. 30, und zwar hier ohne Nennung ihres Namens. Es darf demnach aus dem völligen Stillschweigen der vorjustinianischen juristischen Literatur über die fortdauernde Gültigkeit unsrer actio de perfidia kein irgendwie erheblicher Beweisgrund gegen dieselbe entnommen werden. Daß ihrer von Justinian keine Erwähnung geschieht, ist selbstverständlich, da unsre Klage, wie wir unten in §. 28. a. E. sehen werden, späterhin auf das Gebiet des jüngern contractus fiduciae beschränkt wurde, und dieser Contract bekanntlich zu Justinians Zeit nicht mehr vorkam.

Vielleicht aber haben wir geradezu ein Stück von der alten Formel unsrer Klage bei *Cicero* de Off. III. 17. §. 70.

uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem —.
Wenn man freilich von der Ansicht ausgeht, daß das pactum fiduciae einen integrirenden Theil der lex dationis bei der mancipatio oder der in jure cessio gebildet habe, so liegt es sehr nahe, jenes Formelstück dieser imaginären lex dationis einzurenken. Und so ist es denn auch vielfach geschehen[73]). Ist hingegen, wie wir glauben, die Ansicht die richtige, das pactum fiduciae könne unmöglich ein Bestandtheil des Rituals der mancipatio oder der in jure cessio gewesen sein, habe vielmehr außerhalb dieser Acte

---

72) rubr., l. 1. §. 19—24. l. 2. D. de tut. et *rationibus distrahendis* etc. 27, 3. l. 55. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7.

73) S. z. B. *Conradi,* de pacto fiduciae. Exercit. II. §§. I sq. vbd. mit Exerc. I. §. V. *Heffter,* Obs. p. VIII. *Buechel,* de fiducia. §. 4. Rudorff, Ztschr. für geschichtl. RW. Bd. 13. S. 183 f. Huschke, das. Bd. 14. S. 246 f. Rein in Pauly, Realencyklopädie Bd. 3. S. 476. s. v. fiducia. Rudorff, RG. Bd. II. §. 22. zu Note 6. Dernburg, Pfandr. Bd. 1. S. 8. von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. 1. S. 64. Note 15. S. 165. zu Note 4. vgl. Rudorff, De juris dict. edictum. §. 100. Note 9. und Addenda et emendanda zu p. 119. §. 110. Note 24. Modificirt Demelius, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 347.

stehen müssen[74]): so ist damit zugleich die Annahme widerlegt, daß die fragliche Clausel dem pactum fiduciae angehört habe, welches wir uns alsdann formlos denken müssen. Somit bleibt jedoch kaum eine andere Möglichkeit, als jene Clausel für das Stück einer legis actio zu halten[75]). Und zwar handelt es sich in derselben offenbar um ein doloses Delict[76]), welches in einem Treubruche besteht. Wie vortrefflich dies zu unsrer actio de perfidia passe, bedarf keiner Erläuterung. Wir wissen zudem, daß zu Ciceros Zeit auch die analoge actio rationibus distrahendis und nicht minder die actio furti in der Form der Legisactio verhandelt wurden[77]). — Die Analogie der erstern Klage macht es ferner wahrscheinlich, daß auch unsre actio de perfidia auf ein certum mit Gefahr der pluspetitio ging, — nämlich auf das duplum des Schätzwerthes der veruntreuten Sache[78]).

§. 26. Entstehung der actiones depositi, commodati in factum conceptae.

Wir haben in §. 23. zu zeigen versucht, daß der contractus fiduciae seine Entstehung dem Beginne der Lehre von der culpa in non faciendo verdanke. Die weitere Entwickelung dieser Lehre ist es höchst wahrscheinlich gewesen, was die spätere Spaltung dieses Contractes in mehrere selbständige Contracte zumeist veranlaßt hat. Der hiermit angedeutete Proceß hat sich indessen nicht unvermittelt

---

74) S. oben zu Note 39.

75) Vgl. Heffter l. c., Zimmern, Röm. Civilpr. S. 117 f. Schrader, zu §. 28. J. de actt. 4, 6. ad v. bonae fidei sunt.

76) Vgl. l. 36. D. de pec. 15, 1. l. 1. §. 42. D. dep. 16, 3.

77) *Cic.* de Orat. I. 36. §. 167. de Nat. Deor. III. 30. §. 74. (illa actio: ope consilioque tuo furtum ajo factum esse.)

78) Das Entsprechende ist wohl auch von der actio furti anzunehmen. Für irrig halte ich es, als Klagform für unsre actio ex fiducia und jene actio rat. distrah. mit Zimmern und Schrader ll., sowie mit Rudorff RG. Bd. II. §. 22. und von Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. I. §. 46. die legis actio per judicis arbitrive postulationem und nicht vielmehr die legis actio sacramento in personam anzunehmen. Von einem arbitrium, welches die erstere Form nöthig machen würde, ist hier gar keine Rede, so wenig wie bei der actio furti. Die pluspetitio würde sich schlecht damit vertragen.

vollzogen, sondern unter dem Einflusse des prätorischen Edictes. Lange bevor depositum, commodatum, vielleicht auch pignus, als besondere Contracte aus dem alten contractus fiduciae ausgeschieden wurden, hatte das Edict dem in einzelnen Fällen heraustretenden Bedürfnisse nach einer unterscheidenden Behandlung der in dem Gesammtbegriffe der Fiducia zusammengefaßten Verhältnisse eine ausdrückliche Rücksicht geschenkt.

Anfänglich wurde die Frage: ob der Schuldner alle Sorgfalt aufgewandt habe, welche der Gläubiger von ihm zu verlangen berechtigt sei, — ohne Zweifel auch in Rücksicht auf das Maß der schuldigen Sorgfalt lediglich für den concreten Fall entschieden. Allmählich jedoch nahm man einerseits einen objectiven Maßstab für diese Sorgfalt an. Einen solchen bezeichnet, vielleicht als der Erste, Quintus Mucius Scaevola, wenn auch zunächst in Anwendung auf culpa in faciendo:

culpam esse, quod quum a diligente provideri potuerit, non esset provisum [79]).

Alsbald lernte man an jenem Maßstabe verschiedene Grade der culpa in non faciendo zu unterscheiden, und stellte nunmehr andererseits auch gewisse Regeln fest, nach denen die Haftpflicht für den einen oder den andern Grad gefordert werden sollte. Diese Regeln gingen wesentlich von der allgemeinen ökonomischen Tendenz der einzelnen Geschäfte aus. Es mußte sich hiernach unschwer herausstellen, daß im ganzen jede Geschäftskategorie unter eine bestimmte Regel falle. Die vielumfassende Kategorie des contractus fiduciae bildete jedoch eine bedeutsame Ausnahme. Denn in ihr war eine ganze Reihe der verschiedenartigsten ökonomischen Tendenzen enthalten. Was war mithin natürlicher, als innerhalb des contractus fiduciae nach diesen einzelnen Tendenzen zu sondern?

Für das Commodat hat, nach dem Berichte Ulpians in l. 5. §. 2. D. commodati 13, 6. schon Q. Mucius Scaevola die Prästation von omnis diligentia postulirt [80]).

---

79) l. 31. D. ad leg. Aquil. 9, 2. — Vgl. l. 66. pr. D. sol. matr. 24, 3. s. oben Note 55a.

80) — verior est *Quinti Mucii* sententia existimantis et culpam

Daß nun Scaevola einen *contractus* commodati noch nicht kannte, hat §. 18. wahrscheinlich zu machen gesucht. Hätte ihm aber die actio commodati in factum concepta vorgelegen, wie wir sie uns nach Analogie der depositi actio kaum anders denken können, also in der Fassung:

— eamque [rem] *culpa* Numerii Negidii redditam non esse —[81]), so hätte er sich füglich nicht so ausdrücken dürfen, als komme es für jene Begrenzung der Haftpflicht des Commodatars irgendwie auf seine, Scaevolas, Ansicht an: das Edict wäre alsdann das allein Entscheidende gewesen. Es läßt sich hiernach nicht annehmen, daß zur Zeit der fraglichen sententia des Scaevola die actio commodati in factum bereits proponirt worden war.

Ist dies richtig, so ist damit zugleich nothwendig festgestellt, daß das spätere Commodat damals noch in einem andern Rechtsinstitute mitenthalten war. Und welches andre Institut sollte dies gewesen sein, als gerade die Fiducia?

Wenn jedoch ein Mann von Scaevolas Auctorität, sei es in einem Responsum, sei es in einer Abhandlung, jedenfalls auf eine Art, daß sich die Kunde davon drittehalb Jahrhundert hindurch erhielt, für eine wichtige Classe von Fällen des contractus fiduciae eine bestimmte Haftpflicht statuirte: so konnte dies kaum ohne Einfluß auf die bewußte Rechtsbildung im Edicte bleiben. Wir haben

---

praestandam et diligentiam. – Daß Holoander das Mucii ausläßt, kann nicht in Betracht kommen.

81) S. oben §. 6. Note 4 f. und §. 11. a. E. — Gegen diese Fassung und für die Abstellung auch der commodati actio auf bloßen dolus scheint freilich l. 1. §. 47. D. dep. 16, 3. zu sprechen, unter Zustimmung der Basiliken und eines Scholions dazu. Gleichwohl müssen wir ohne Bedenken der Bemerkung Th. Mommsens beitreten, Ulpian könne hier nicht gut vom Commodat geredet haben. Hat es vielleicht ursprünglich statt rem — commodatam geheißen: ad custodiendum (oder custodiendam) datam? oder commendatam? vgl. l. 4. (ult.) Cod. commodati 4, 23. und dazu *Cujacius* ad Pauli R. S. II. 12. i. f. — Dernburg, Compensation S. 52. vor Note 2. scheint auch die formula commodati in factum auf dolus stellen zu wollen. Arndts, Oesterreich. Vierteljahrsschr. Bd. 17. S. 181. stellt die Klage wie der Text. Rudorff, de jurisd. edict. §. 99. zu Note 12. lieset: — „eamque — redditam non esse“. Hiernach würde aber der Commodatar auch für Casus haften.

gewiß guten Grund anzunehmen, daß recht bald nach jener sententia ein Prätor die formula commodati in factum aufgestellt hat, worin, falls unsre Annahme über deren Fassung annähernd richtig ist, gerade jene postulirte Haftpflicht des Commodatars für omnis culpa ausdrücklich vorgeschrieben wird.

Vermuthlich etwa gleichzeitig mit der formula commodati in factum, und aus dem gleichen Grunde, wird die formula depositi in factum concipirt worden sein[81a]).

Schon nach der Analogie der formula commodati in factum scheint es bedenklich, mit Asher[82]), Jhering[83]), Dernburg[84]) anzunehmen, daß die formula depositi in factum concepta selbst nur anfangs eine Delictsklage gewesen sei. Die Fassung der Formel zwingt gewiß nicht zu dieser Annahme: denn jedenfalls in späterer classischer Zeit galt eben jene Formel für eine Contractsklage[85]). Warum also hätte sie ursprünglich für eine Delictsklage gelten müssen?

Auch das Edict, worin das judicium depositi versprochen wird,

---

81 a) Wenn wir aus der indirecten Redeweise der l. 81. §. 1. D. de solutt. 46, 3. *(Pomponius* libro 6. ad *Quintum Mucium)* schließen dürfen, daß Pomponius einen Ausspruch des Scaevola wiederhole: so läge in dieser Stelle der Beweis dafür, daß Scaevola schon die actio depositi in factum gekannt habe. S. die Stelle unten nach Note 107.

82) A. a. O. S. 304. — Der Sache nach scheint auch Desjardins hierher zu gehören, l. c. namentlich p. 128 ff.

83) Schuldmoment S. 30 ff.

84) Compensation S. 51 ff. S. 597 f.

85) Sie wird für eine bonae fidei actio erklärt — l. 1. §. 23. h. t. (Ulp.); — sie läßt das jusjurandum in litem zu — l. 1. cit. §. 26. cf. l. 5. pr. D. de in lit. jur. 12, 3; — sie ist statthaft, bevor ein Dolus stattgefunden hat — l. 1. cit. §§. 20. 21. (Nerat.) 22. (Julian. Marcell.) 34. 47. l. 34. eod. (Labeo.) cf. l. 13. §. 1. eod.; — sie ist als Noralklage nicht zulässig — l. 1. cit. §. 18. (Marcell.); — sie umfaßt auch die Haftung für lata culpa — l. 11. (Ulp. Sabin.) l. 32. (Celsus. Nerva.) h. t.; — sie vererbt sich passiv — l. 7. §. 1. (Ulp.) l. 9. (Paull.) h. t. l. 22. D. de exc. rei jud. 44, 2. (Id.)

Daß diese Stellen wirklich von der formula in factum concepta handeln, bedarf für die meisten keines Beweises. S. übrigens wegen l. 1. §§. 20—22. oben §. 1. zu Note 9a. ff.; wegen l. 1. §. 23. oben §. 8. Note 10; wegen l. 11. Asher S. 278 ff. *Desjardins* p. 133 f., wegen l. 34. dens. p. 133, wegen l. 22. D. 44, 2. oben §. 14. Note 34, wegen l. 1. §. 18. unten zu Note 99.

weiß, mindestens in der uns überlieferten Form[86]), nichts davon, daß Dolus zur Voraussetzung der verheißenen Klage gehöre; diese wird vielmehr schon ertheilt, quod depositum sit. Schwerlich dürfte übrigens auch der Gesichtspunct des Delictes für die Zeit noch passen, in welche wir die Entstehung der actio depositi in factum setzen. Für eine frühere Entstehung fehlen indessen, so viel ich sehe, alle Anhaltspuncte.

Vielleicht läßt sich sogar umgekehrt aus der Clausel: — eamque rem dolo malo Numerii Negidii redditam non esse — ein positives Argument für die Richtigkeit unsrer Behauptung herleiten.

Ungeachtet der entgegenstehenden Annahme Thon's[87]) und Asher's[88]) muß ich nämlich in dieser Clausel die Einrede der Zahlung und des casuellen Unterganges der deponirten Sache erblicken[88a]). Die Einrede der Zahlung finden wir nun in ganz entsprechender Weise ebenfalls schon im Edicte proponirt bei andern actiones in factum, bei welchen sie eben nur kraft ausdrücklicher Formelfassung berücksichtigt werden konnte. Hierher gehören z. B. die actio ex recepto nautae etc.[89]), die actiones adversus publicanum[90]), die actio hypothecaria[91]), die actio de pecunia constituta[92]). Die Einrede der casuellen Unmöglichkeit hingegen war

86) l. 1. §. 1. D. dep. 16, 3.

87) Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 289 ff.

88) a. a. O. S. 277 ff.

88a) Vgl. auch die Clausel „invito Aulo Agerio" in den Formeln der Negatoria und der Confessoria, welche ebenfalls die Bedeutung einer Einrede hat — Stölzel, Die Lehre von der operis novi nuntiatio etc. S. 82 ff. —; und ferner die Clausel „nec vi nec clam nec precario alter ab altero" in der Formel der interdicta retinendae possessionis. *Cic.* pro Caec. c. 8. §. 23. c. 22. §. 63. ad fam. VII. ep. 13. — S. Demelius, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 337 ff.

89) l. 1. pr. l. 3. §. 1. D. naut. 4, 9. Rudorff, De jurisdict. edict. §. 47. Note 8.

90) l. 1. pr. §§. 4. und 6. l. 12. §. 1. D. de publican. 39, 4. Rudorff l. c. §. 182. Note 6.

91) l. 13. §. 1. D. ad SC. Vellej. 16, 1. l. 13. §. 5. D. de pign. et hypoth. 20, 1. l. 59. pr. D. ad SC. Trebell. 36, 1. Rudorff l. c. §. 272. Note 7 und 8. Vgl. Thon a. a. O. S. 262 ff.

92) l. 16. §. 2. D. de pec. constit. 13, 5. Rudorff l. c. §. 97. Note 17. Vgl. Thon das. S. 286 ff.

für diese Klagen im Edicte nicht proponirt; sie mußte vielmehr im concreten Falle erst concipirt werden; ja, es scheint nicht ganz unzweifelhaft, ob sie stets ertheilt wurde[93]). Wie ist es zu erklären, daß die formula depositi in dieser Beziehung etwas Besonderes hat? Gewiß am besten dann, wenn wir eben in dieser Besonderheit den wesentlichen Zweck der Formel sehen. Gerade zu dem Ende war sie eingeführt, die Haftpflicht des Depositars auf Dolus zu begrenzen[94]).

Auch die einzelnen Stellen, auf welche man sich beruft, um die Delictsnatur der formula in factum concepta darzulegen, liefern hierfür einen zwingenden Beweis keinesweges.

Zuerst gehört hierher l. 1. §. 15. D. dep. 16, 3[95]). Wir setzen diese Stelle, welche wir schon in §. 6. erörtert haben, noch einmal hierher.

(*Ulpianus* libro 30. ad edictum.) An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit.

Zugegeben selbst, daß die von Ulpian hier entschiedene Streitfrage schon aus einer Zeit stamme, in welcher die formula depositi in factum concepta von einigen Juristen noch als Delictsklage aufgefaßt wurde: so weiset doch die Entscheidung nicht entfernt darauf hin, daß gerade jene Juristen und gerade wegen dieser Eigenschaft die Klage zugelassen haben. Für Ulpian selbst aber paßt dieser Grund gar nicht, da er die Klage als Contractsklage gelten läßt[95a]). Er sagt auch nur: mit der Fassung der Formel verträgt sich ihre Zulassung für den fraglichen Fall. Allein daß diese Zulassung in Wahrheit gegen den regelmäßigen Charakter der Klage verstoße, zeigt

---

93) l. 3. §. 1. cit. i. f. D. naut. 4, 9. l. 13. §. 3. D. de publican. 39, 4. l. 16. §. 3. D. de pec. constit. 13, 5.

94) Das Entsprechende gilt nach unsrer Annahme über ihre Fassung für die actio commodati in factum concepta.

95) Jhering, Schuldmom. S. 30. Dernburg, Compens. S. 52. Note 3. Vgl. *Desjardins* p. 134 f.

95a) l. 1. §§. 18. 20—23. 34. 47. l. 7. l. 11. D. h. t. 16, 3.

die für die Zulassung gemachte Bedingung: si dolum commisit. In diesem Falle gehörte m. a. W. der Dolus, welcher hier bereits vor Anstellung der Klage begangen sein mußte, zum Klagfundamente, während es sonst, wie wir gesehen haben, Sache des Beklagten ist, nachzuweisen, daß die Unmöglichkeit der Restitution nicht seinem Dolus zur Last falle.

Eine zweite hierher gehörige Stelle ist l. 21. D. h. t.[96]).

(*Paullus* libro 60. ad edictum.) Si apud filiumfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius.

§. 1. Plus *Trebatius* existimat, etiamsi apud servum depositum sit, et manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex ceteris caussis in manumissum actio non datur.

Freilich würde diese Entscheidung an sich sehr gut zu der Annahme passen, daß mit der formula in factum nicht sowohl ein Contract geltend gemacht, als vielmehr ein Delict verfolgt werde. Allein einmal konnte Paullus, der sonst[97]) diese Formel als Contractsklage anerkennt, hier den entgegengesetzten Gesichtspunct selbst dann nicht gelten lassen, wenn er, und zwar, wie der Indicativ *datur* beweiset, entschieden billigend, im ganzen nur die Meinung des Trebatius referirt. Sodann würde es vom Delictsgesichtspuncte aus ganz gleichgültig sein, ob der emancipatus oder der manumissus die ihm während seiner Gewaltunterthänigkeit anvertrauete Sache noch besitzt: der frühere paterfamilias würde auch dann nicht de peculio haften, wenn sein früherer Haussohn die Sache vernichtet oder veräußert hätte; und umgekehrt würde der frühere Sclav unter diesen Voraussetzungen ebenfalls haften. Dürfen wir dem sonst so präcisen, sonst so wortkargen Paullus es zutrauen, daß er hier gleichwohl für beide fragliche Verhältnisse die Fortdauer des Besitzes bei dem frühern Gewaltunterthänigen erwähnt habe, wenn dieselbe ohne Bedeutung war, ja, ihre Erwähnung irre

---

96) Dernburg l. c. Vgl. *Desjardins* p. 131 f. S. auch l. 3. §.4. D. commod. 13, 6.

97) l. 9. D. h. t. 16, 3. l. 22. D. de exc. rei jud. 44, 2.

führen mußte? Aber er sagt noch mehr: licet ex ceteris caussis in manumissum actio non datur. D. h.: „obwohl in allen übrigen Fällen, in denen die actio depositi an sich statthaft ist, sie gegen den manumissus nicht stattfindet". Der Besitz des manumissus wird also ausdrücklich zur conditio sine qua non der actio depositi gegen ihn erklärt. Will man jedoch die ceterae caussae, mit dem Basilikenscholiasten, von „den übrigen Contracten" verstehen, so wäre ja damit direct zugegeben, daß das Depositum in dieser Stelle ebenfalls als Contract gegolten habe.

Auch hier löset sich alle Schwierigkeit durch eine Wortinterpretation der Formel. In dem bezeichneten Falle, wo der emancipatus oder manumissus die Sache noch in Händen hat, kann der frühere Gewalthaber mit der Depositenklage de peculio mit Erfolg nicht mehr belangt werden, sofern er ohne seinen Dolus oder den Dolus des frühern Peculieninhabers die Möglichkeit der Restitution eingebüßt hat. Daß der emancipatus hier haftet, ist nichts Besonderes. Der manumissus aber kann nach allgemeinen Grundsätzen mit einer persönlichen Klage hier nicht belangt werden. Daß diese trotzdem für ihn ohne alle Härte und für den Deponenten sehr wünschenswerth ist, bedarf keiner Erläuterung. Der Wortlaut der formula in factum ist ihrer Zulassung günstig, sofern man nur, wie im Falle der l. 1. §. 15. D. h. t.[98]), das deposuisse rein thatsächlich auffaßt.

In dieser Beschränkung der l. 21. §. 1. auf eine specielle Voraussetzung erscheint dieselbe recht gut vereinbar mit l. 1. §. 18. eod.

> Si apud servum deposuero, et cum manumisso agam, *Marcellus* ait, nec tenere actionem, quamvis solemus dicere, doli etiam in servitute commissi tenere quem debere, quia et delicta, et noxae caput sequuntur. erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum.

Hier ist die Regel ausgesprochen, ohne der Ausnahme der l. 21. §. 1. cit. zu erwähnen; umgekehrt vielmehr scheint vorzugsweise an den Fall gedacht zu sein, wo der Depositar noch als Sclav sich an der anvertraueten Sache vergreift. — Völlig unzulässig hingegen

---

98) S. oben §. 6. vor Note 4 g.

erscheint es, die l. 1. §. 18. cit. auf die formula in jus concepta zu beziehen[99]). Denn nicht allein ist, wie wir gesehen haben, im ganzen Zusammenhange der l. 1. cit. an jener Stelle ausschließlich von der actio in factum concepta die Rede; sondern es wäre auch gar nicht zu verstehen, wie ein Jurist nur auf den Gedanken gerathen sein sollte, die actio in jus concepta könne noxal sein, während dieser Gedanke angesichts des Wortlautes der formula in factum concepta ganz natürlich war.

Möchte es auffällig sein, die Bedenken der l. 1. §. 15. und der l. 21. §. 1. citt. mit bloßer Wortinterpretation zu beseitigen, so wollen wir darauf hinweisen, daß die Römer gerade bei der formula depositi in factum concepta mehrfach an der Wortfassung einen Anstoß genommen haben, welcher vom Standpuncte des materiellen Rechtes aus unbegreiflich erscheint.

Wenn man auch die actio depositi in factum concepta für eine Delictsklage hielt, so konnte man sie doch füglich nicht für eine actio vindictam spirans halten. Sonach wäre auch kein Zweifel über ihre Vererbung auf activer Seite möglich gewesen. Dennoch erachtet Ulpian es für nöthig, die active Vererblichkeit der Klage ausdrücklich hervorzuheben[100]). Wie läßt sich das erklären? Ich glaube, nur bei starrer Buchstabenauslegung der Formel, indem das dolo malo *redditam* non esse auf die Rückgabe im strengsten Sinne, d. h. an den Deponenten selbst, bezogen wurde.

Ebenso verstehe ich die ratio dubitandi, welche die l. 1. §. 17. beseitigt.

Si servus meus deposuerit, nihilominus depositi habebo actionem. Denn materiell genommen konnte es nicht gut bezweifelt werden, daß der Herr auch aus einem gegen den Sclaven begangnen Delicte zu klagen berechtigt sei[101]). Und dasselbe gilt hinsichtlich der l. 1. §§. 27. 28, wonach es aequissimum sein soll, daß der bonae fidei possessor und der Nutznießer eines Sclaven aus dessen Depositum

99) Wie *Desjardins* l. c. will.

100) l. 1. §. 19. D. h. t. Haec actio bonorum possessoribus ceterisque successoribus et ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas, competit.

101) Vgl. l. 11. D. h. t.

gemäß den gewöhnlichen Regeln die Depositenklage erwerben. Daß sie die Delictsklage aus einem Delicte erwerben, welches hinsichtlich der b. f. possessio oder des Nießbrauchs an jenem Sclaven gegen sie begangen wird, ist wohl nie zweifelhaft gewesen[102]).

Eine dritte Stelle, auf welche die Delictsnatur der actio depositi in factum gestützt wird, ist die l. 1. cit. §. 25. D. h. t.[103])

Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in caussam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, quum venderes.

Die Wirkung des einmal begangenen Delictes soll hiernach fortdauern, auch wenn das Delict selbst thatsächlich hinterher wieder rückgängig gemacht werde.

Sollte wohl derselbe Ulpian, der fast unmittelbar vorher im §. 23. erklärt hat, es dürfe nicht bezweifelt werden, daß die formula depositi in factum concepta eine bonae fidei actio sei, und der unmittelbar darauf im §. 26. das jusjurandum in litem hier anwendbar nennt, so zu sagen in Einem Athem in jene Formel einen Satz hinein interpretiren, welcher offenbar der bona fides direct widerstreitet?[104]). Nun aber findet sich der directe Gegenbeweis wider diese Auffassung des §. 25. in l. 16. D. de cond. furt. 13, 1.

(*Pomponius* libro 38. ad Quintum Mucium). Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva caussa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, condictione tamen tenetur, quum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur[105]).

---

102) l. 15. §. 48. D. de injur. 47, 10.

103) Jhering, Schuldm. S. 31. zu Note 62.

104) Jhering selbst verweiset dieses Gegensatzes halber auf die l. 27. §. 2. D. de R. V. 6, 1.

105) Diese Stelle steht selbstverständlich auch der Erklärung unsrer l. 1. §. 25. entgegen, welche Fr. Mommsen, Beitr. Bd. I. S. 230. Note 2. und Bd. III. S 77. Note 9. dahin giebt, der Depositar, welcher wissentlich die deponirte Sache veräußert, begehe ein furtum und sei somit in Mora versetzt. Gewiß, aber diese Mora wird nicht mittels der depositi actio geahndet.

Der Ausweg wenigstens, Pomponius habe hier ausschließlich von den formulae in jus conceptae geredet, diese specielle Beziehung sei aber aus nahe liegenden Gründen von den Compilatoren vertuscht worden, — dieser Ausweg, meine ich, scheint doch gar zu gesucht.

Vielleicht birgt die l. 1. §. 25. einen ganz einfachen Sinn. Nämlich diesen, daß der Depositar unbedingt für den Untergang der Sache hafte, den er infolge einer, wenn auch nur vorübergehenden, Veräußerung derselben veranlaßt habe[106]). Falls dagegen z. B. ein deponirter Schmuck, welchen der Depositar vorübergehend versetzt hat, hinterher in seinen Händen bei einer Feuersbrunst verloren geht, haftet er nicht. Es würde sich dies in der That auch ganz und gar nicht mit den Worten der formula in factum: eamque rem dolo malo redditam non esse — vereinbaren[106a]). Und sonach kann nicht einmal das zugegeben werden, daß der Inhalt der l. 1. §. 25. D. cit. etwa im Munde eines alten Juristen, dem Ulpian nur nachspreche, jenen Sinn gehabt habe.

Schon hiermit dürfte die Beweiskraft der l. 81. §. 1. D. de solutionibus 46, 3. für die Delictsnatur der formula depositi in factum[107]) hinfällig werden.

> (*Pomponius* libro 6. ad Quintum Mucium.) Si lancem deposuerit apud me Titius, et pluribus heredibus relictis decesserit, si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si praetor aditus jussisset me parti heredum eam lancem tradere; quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri. sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, aut, quod verius est, non incidam in obligationem; optimum autem est, id per magistratum facere.

---

106) S. auch l. 14. §. 3. D. de furt. 47, 2. (Ulpian libro 29. ad Sabin.) — Quodsi dolo fecit [is, apud quem res deposita est], jam quidem periculum ipsius est. l. 5. §. 7. D. commod. 13, 5. (Ulp. libro 28. ad ed.) Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis etc.

106a) So erklärt auch *Desjardins* p. 128. diese Formel für ungeeignet, ein furtum usus zu verfolgen, sofern nicht infolge davon die Sache beschädigt sei.

107) Ihering a. a. O. S. 31. zu Note 61a.

Da hier vom materiellen Rechte die Rede ist, so scheint es obendrein unzulässig, das non incidam in obligationem — ausschließlich auf die formula in factum concepta zu beziehen: die formula in jus concepta aber hat niemals als Delictsklage gelten können. Auch wissen wir ja aus l. 16. D. de cond. furt. 13, 1, daß Pomponius die Depositenklage schlechtweg als Contractsklage ansah. Der Sinn des non incidam in obligationem wird also etwa auf den Gedanken hinauskommen, daß, wo es sich, wie beim Depositum, lediglich um Rückgabe einer fremden Sache handelt, einstweilen noch gar keine eigentliche Schuldverbindlichkeit vorhanden sei[108]) und eine solche überhaupt nicht entstehe, wenn der Depositar sine dolo malo die Möglichkeit der Rückgabe verloren habe.

Wie Commodat und Depositum mittels der actiones in factum aus dem contractus fiduciae herausgehoben wurden, so geschah es möglicherweise auch mit dem Faustpfandvertrage. Doch wüßte ich hierfür keinen Beleg beizubringen[108a]).

Gab es aber bereits gegen Ende des siebenten Jahrhunderts d. St., vielleicht schon bei Scaevolas († 671. d. St.) Lebzeiten die formula depositi in factum concepta, die doch gewiß von Anfang an infamirend gewesen ist[109]): wie erklärt es sich, daß dieselbe in der lex Julia municipalis unter den infamirenden Klagen nicht erwähnt wird —?

Schwerlich, mit Asher[110]), daraus, daß jene Klage ihrem Wortlaute nach eine Condemnation de dolo malo zur Folge gehabt habe und somit unter die Bestimmung des Gesetzes: — deve dolo malo condemnatus est erit — falle: denn diese Bestimmung bezieht sich offenbar nur auf die besondre doli actio, welche zuerst Aquilius Gallus proponirt hatte. Ebenso wenig können wir mit Demelius[111])

108) cf. l. 10. D. de R. Cr. 12, 1. und dazu Brinz, Pand. §. 92.

108a) Es wird hierfür wesentlich sein, ob in der l. 18. pr. D. commod. 13, 6. das in rebus pignori datis interpolirt ist für in rebus fiduciae datis; und sodann, ob man schon gegen Ende der Republik die Haftung für diligentia in concreto kannte. S. auch *Collat.* X. 2. §. 2. l. 5. §. 2. i. f. D. commod. 13, 6.

109) Vgl. *Gaj.* IV. 60. S. oben §. 8. Note 11.

110) A. a. O. S. 303 f. S. auch Dernburg a. a. O. S. 598.

111) Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 226.

annehmen, daß die lex Julia im angegebnen Zusammenhange die actio depositi in duplum ex XII tabulis und die actio rationibus distrahendis deshalb unerwähnt lasse, weil beide als mitbegriffen unter der actio furti gedacht werden sollten.

Die Auslassung der actio rationibus distrahendis hat einfach ihren Grund darin, daß sie geradezu mit unter dem judicium tutelae verstanden wird, wie auch Cicero sie als tutelae judicium bezeichnet[112]). So wird die actio vi bonorum reptorum unerwähnt geblieben sein, weil sie in der That nur eine qualificirte actio furti ist[113]).

Die alte actio in duplum de perfidia aber sowohl als die actio depositi in factum concepta sind unerwähnt geblieben, weil sie unter den Begriff des judicium fiduciae fielen.

Bei dieser Auffassung unsrer formulae in factum conceptae verliert selbstverständlich die Vermuthung Desjardins[114]) allen Boden, dieselben seien anfangs Annalklagen gewesen.

§. 27. Entstehung der actiones depositi, commodati in jus conceptae.

Bereits Labeo[115]) kennt die actio praescriptis verbis zu dem Zwecke, die bei einer Leistung ausbedungene Gegenleistung einzuklagen[116]).

---

112) de Orat. I. 36. §. 167. s. auch de Off. III. 15. §. 61. Vgl. l. 1. §. 21. D. de tut. 27, 3. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat.

113) Vgl. pr. §. 2. J. de vi bon. rapt. 4, 2. Asher a. a. O. erklärt auch diese Auslassung mit der Fassung der Klage de dolo malo.

114) p. 129.

115) Vielleicht schon Alfenus Varus? l. 23. de praescr. verb. 19, 5. S. *Cujacius* ad Papiniani lib. VIII. quaest. l. 17. §. 2. D. h. t. 19, 5. Vgl. A. Pernice in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 121.

116) l. 1. §. 1. l. 19. pr. cf. l. 20. pr. D. de praescr. verb. 19, 5. — Vgl. *D. Pilette,* Lettre à M. E. Laboulaye sur la théorie des contrats innomés in der Revue historique de droit Français et étranger. Tome 13. Paris 1867. p. 274 ff. Hier wird unterschieden zwischen der actio praescriptis verbis oder der civilis in factum praescriptis verbis actio auf der einen Seite und der incerti civilis actio auf der andern Seite. Jene, schon Labeo bekannt, habe stattgefunden, wenn ein benannter Contract vorgelegen habe, jedoch ungewiß

Wenn es nun richtig ist, daß derartige Abreden erst klagbar geworden sind, als die Zahl der benannten Realcontracte feststand: so muß also Labeo auch bereits den *contractus* depositi, commodati, pigneraticius, mithin auch die actiones in jus conceptae daraus gekannt haben.

Bestätigung scheint dies zu finden hinsichtlich des Commodates in l. 5. §. 12. D. commodati 13, 6.

Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. *Labeo* ait, commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio. idem *Labeo* recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive jam solvi pecuniam, sive solvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit.

Lautete nämlich die formula commodati in factum concepta, wie wir angenommen haben, wirklich auf: eamque [rem] culpa Numerii Negidii redditam non esse — so konnte der zweite hier berichtete Fall wenigstens ursprünglich wohl kaum mittels dieser Formel vor Gericht gebracht werden.

Müssen wir ferner annehmen, daß das contrarium judicium, welches vermuthlich stets in jus conceptum gewesen ist, nothwendig eine directa actio in jus concepta voraussetzte, so würde vollends l. 17. §. 5. eod. dafür beweisend sein, daß letztere schon zu Labeos Zeit existirte.

Rem commodatam perdidi et pro ea pretium dedi, deinde

---

gewesen sei, welcher —; diese, vielleicht ebenfalls schon Labeo, wo nicht Trebatius „ou tout autre membre du conseil“ bekannt, dann, wenn eine Leistung auch mit der condictio ob rem dati re non secuta hätte revocirt werden können. — Anders ist die Unterscheidung, welche A. Pernice a. a. O. S. 93 ff. unter den von ihm statuirten Fällen der actio praescriptis verbis aus Vertragsberedungen macht. cf. l. 50. D. de C. E. 18, 1.

res in potestate tua venit: *Labeo* ait, contrario judicio aut rem mihi praestare te debere aut, quod a me accepisti, reddere[117]).

Hinsichtlich der actio pigneraticia würde in demselben Sinne l. 3. D. de pign. act. 13, 7. zeugen, vorausgesetzt, daß auch der Schluß der Stelle einen Ausspruch Labeos wiederholt.

Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus, isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, *Labeo* ait, furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Nicht so gewiß ist es, ob Labeo auch der actio depositi in jus concepta Erwähnung gethan habe. Denn während l. 1. §. 41. und l. 34. D. dep. 16, 3. wohl auf die formula in factum concepta bezogen werden müssen, scheint diese Beziehung bei l. 1. cit. §§. 14. und 38. mindestens nicht unstatthaft[118]). Indessen liegt anderseits auch nichts vor, was die Annahme ausschlösse, daß die formula depositi in jus concepta zu Labeos Zeiten bereits proponirt gewesen sei.

Möglicherweise läßt sich sogar ziemlich genau das Jahr feststellen, in welchem die actio commodati in jus concepta zuerst aufgestellt worden ist.

Ulpian sagt in l. 1. §. 1. D. commodati 13, 6:

Ait praetor: Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo. §. 1. Hujus edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum *Pacuvius* utendi [dati] fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum, *Labeo* quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res

117) S. auch l. 5. cit. §. 14. l. ult. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

118) Ueber l. 1. §§. 38. und 41. s. oben §. 1. Note 11; über l. 34. Asher, Ztschr. für Civilr. und Proceß. N. F. Bd. 22. S. 271.

dicitur et quae soli est, idque et *Cassius* existimat. *Vivianus* amplius etiam habitationem commodari posse ait[118a]).

Statt *Pacuvius* lieset freilich die *Florentina Pacunius*. Allein dieser sonst gänzlich unbekannte Name ist sicherlich zu ändern, wie dies auch Th. Mommsen thut. Für seine Lesart: *Paconius* scheint jedoch die l. 3. pr. D. si a parente 37, 12, die einzige Stelle, worin der letztere Name vorkömmt, kein zwingender Grund[118aa]). Mindestens ebenso glaubhaft ist es mit den Glossatoren *Pacuvius* zu lesen, — den Namen eines Juristen, der uns in l. 2. §. 44. D. de O. J. 1, 2. als Schüler des Servius Sulpicius genannt wird[118b]). Wir werden ohne Zweifel in diesem Pacuvius denjenigen zu erkennen haben, welcher zuerst über das commodare oder vielmehr utendum dare ein Edict aufgestellt hat, welches bis auf das Schlagwort beibehalten wurde[119]). Ist nun, wie wir im

118a) S auch l. 17. pr. D. de praescr. verb. 19, 5.

118aa) um so weniger, da dieses *Paconius* oder *Pantonius* der Vulgata vermuthlich selbst nur ein Schreibfehler ist statt *P. Antoninus*. A. Schmidt, das Pflichttheilsrecht des Patronus rc. S. 150. Note 59.

118b) So auch Rudorff, De juris dict. edict. §. 99. Note 1.

119) So auch Glück, Comm. Bd. 13. §. 853. S. 437. nach *Noodt* ad h. l. Nur möchte ich nicht mit Glück annehmen, daß erst Julian für den Ausdruck utendum dare den Ausdruck commodare in das Edict gesetzt habe. Ulpian hätte den Julian schwerlich so unbestimmt bezeichnet als den, qui edictum concepit — sondern mindestens wohl gesagt edictum *perpetuum* im neuern Sinne. s. *Gellius* N. A. 10; 15. §. 31 Vat. fragm. §. 317. i. f. (Paullus?), l. 1. §. 1. D. de J. F. 49, 14. (Callistratus). — cf. l. 1. D. quod met. c. 4, 2. l. 4. §. 33. D. de doli m. et met. exc. 44, 4. l. 4. D. de itin. actuque priv. 43, 19. vgl. Rudorff, RG. Bd. 1. §. 97. S. 269. Note 8. Und wie sollten wohl Cassius und Vivianus, von denen jener sicher, dieser wahrscheinlich vor Julian (arg. l. 21. §. 11. D. de recept qui arbitr. 4, 8. — ut *Vivianus* ait, — quam sententiam et *Celsus* probat) geschrieben hat, dazu gekommen sein, über den Wortsinn von commodare zu reden, wenn nicht dieses Wort durch seine Benutzung im Edicte, seine technische Bedeutung sie dazu nöthigte? Vielleicht gilt dies schon von Labeo; doch läßt sich denken, daß dieser zu der Erörterung über das Verhältniß von commodare und utendum dare veranlaßt worden wäre durch die ursprünglich von einander abweichende Fassung der Edicte über die formula in factum und über die formula in jus, insofern das die erstere proponirende Edict von je den Ausdruck commodare gebraucht hätte. War dem so, dann mußte begreiflicherweise die Ausgleichung beider Edicte bald nach Aufstellung des zweiten erfolgen. Vgl. auch l. 24. D. de S. Pr. R. 8, 3.

§. 26. darzulegen versucht haben, die Aufstellung der actio commodati in factum concepta noch bei Lebzeiten oder doch recht bald nach dem Tode des Q. Mucius Scaevola (a. u. 671) erfolgt: so ist es schwerlich Pacuvius gewesen, welcher dieselbe vorgenommen hat. Dazu dürfte auch die selbständige Fassung des uns überlieferten Edictes nicht gut stimmen. Denn die formula commodati in factum concepta bildete nach unsrer Ansicht ursprünglich nur eine besondere Art der actio fiduciae, und das sie einführende Edict wird mithin etwa gelautet haben: Et si quis rem utendam dedisse (oder: commodasse) dicetur, si volet, vel sic judicium dabo etc. Demnach bleibt kaum etwas Anderes übrig, als Pacuvius für den Urheber der formula commodati in jus concepta zu halten.

Nun aber ist wahrscheinlich unser Pacuvius niemand Anderes als des Antistius Labeo Vater[120]), — welcher sich nach der Schlacht bei Philippi a. u. 712. das Leben nahm[121]). Es muß demnach die formula commodati in jus concepta, welche a. u. 709, wie erwähnt, vermuthlich ebenso wenig existirte, als die formula depositi in jus concepta, zwischen 709. und 712. proponirt worden sein[122]). Und gleichzeitig mit ihr ist wohl auch die letzterwähnte Formel aufgestellt worden. —

Der Vollständigkeit halber mögen hier nun sämmtliche Stellen Platz finden, aus denen erhellt, daß schon ältere Juristen als Labeo Klagen aus Depositum, Commodat, Pignus gekannt haben[123]).

Das Depositum nennen Alfenus Varus in l. 35. D. de solutt. 46, 3. (s. auch l. 31. D. loc. 19, 2.); Ofilius in l. 6.

---

120) *Hertz* ad Priscian. VIII. §. 18. Tom. I. p. 384. und Jahrb. für class. Philologie 1865. S. 215. zu Note 2. Th. Mommsen zu l. 2. §. 44. D. de O. J. 1, 2. Note 5. Rudorff, De juris dict. edict. §. 99. Note 1. cf. *Gell.* V. 21, 10.

121) *Appian.* de bello civ. 1. c. 135.

122) Uebrigens bemerke ich ausdrücklich, daß ich dieser Combination erhebliches Gewicht nicht beilegen mag; sie ist aber immerhin nicht bedenklicher als manche andre.

123) Ausgesucht sind diese Stellen nach dem bekannten Verzeichnisse des Anton. Augustinus in *Otto,* Thesaur. Tom. I. Die eingeklammerten Stellen erwähnen nur das Verhältniß, ohne einer Forderung oder einer Klage daraus zu gedenken.

D. de stipp. serv. 45, 3. (s. auch l. 39. §. 1. D. de auro. 34, 2); Trebatius in l. 1. §. 41. l. 21. §. 1. D. dep. 16, 3. (s. auch l. 2. §. 7. D. pro empt. 41, 4; und *veteres* in l. 3. §. 18. D. de a. v. a. p. 41, 2.)

Das Commodat erwähnen (Alfenus Varus in l. 36. D. de cond. ind. 12, 6. und in l. 28. D. de auro. 34, 2.); Ofilius in l. 6. cit. D. 45, 3. (und in l. 39. pr. §. 1. cit. D. 34, 2; Cascellius das. und in l. 29. pr. D. de legat. 3.); Namusa in l. 5. §. 7. D. commod. 13, 6; (Trebatius in l. 18. §. 3. D. de dot. m. 4, 3. und in l. 29. pr. D. de legat. 3. cit.) und *veteres* in l. 5. §. 6. D. commod. 13, 6.

Und eine Klage aus der Pfandgebung endlich kennt Alfenus Varus in l. 30. D. de pign. act. 13, 7.

Von diesen Stellen sind, wie früher besprochen [124]), l. 1. §. 41. und l. 21. §. 1. D. dep. 16, 3. mit Gewißheit auf die formula depositi in factum concepta zu beziehen. L. 30. D. de pign. act. 13, 7. [125]) hingegen möchte eine formula in jus concepta voraussetzen, sofern nämlich die formula in factum concepta die Haftung für dolus und culpa ausdrücklich hervorhob. Die übrigen Stellen lassen es, soviel ich sehe, unentschieden, welche beider Formeln ihr Verfasser im Auge hatte, oder ob vielleicht beide. —

Kehren wir zur geschichtlichen Entwickelung unsrer Lehre zurück.

Die Hauptschwierigkeit, die von uns angenommene Zeitfolge für die Aufstellung der beiden Formeln für dasselbe Verhältniß zu begreifen, scheint bisher noch nicht zum Bewußtsein gelangt zu sein. Sie liegt in folgendem Puncte. Was man auch von der formula depositi in factum concepta denken möge, — von der formula commodati in factum concepta wird es sich nicht bestreiten lassen, daß sie im wesentlichen von jeher genau das gleiche Ziel verfolgt

---

124) S. oben §. 1. Note 11. §. 26. nach Note 96.

125) Paullus libro V. epit. *Alfeni Vari* digestorum. — Qui ratiario crediderat, quum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit et ratem abstulit; si invito ratiario retinuisset, ejus periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem.

hat, wie die actio in jus concepta. Half nun mit ihr der Prätor in allen erheblicheren Fällen dem Bedürfnisse ab: wie konnte sich hier ein Gewohnheitsrecht entwickeln, welches für eben diese Fälle ein civiles dare facere oportere reum sanctionirte?[125a]). Von einem Gesetze jedoch, lex, plebiscitum, senatusconsultum, constitutio principis, welches dieses gethan, wissen wir nicht nur nichts (was freilich nur wenig sagen würde), sondern es läßt sich mit großer Entschiedenheit behaupten, daß ein derartiges, praktisch völlig zweckloses, Gesetz nicht erlassen worden ist, in einer Zeit, welche obendrein an Gesetzen privatrechtlichen Inhaltes aus guten Gründen nicht fruchtbar war.

Ist es überhaupt denkbar, daß ein Gewohnheitsrecht den Prätor zu auctorisiren vermocht habe, für ein bisher im Civilrechte noch nicht anerkanntes Verhältniß eine civile Klagformel aufzustellen?

Bisjetzt hat man, soviel ich weiß, diese Frage theils schlankweg bejaht, theils ihrer Bejahung wenigstens nicht widersprochen. Für die Bejahung stützt man sich auf *Cicero* de Off. III. 15. §. 61.

> Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII. tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria: *et sine lege judiciis*, in quibus additur *ex fide bona.*

---

125 a) *Desjardins*, Rev. hist. p. 128. meint vom Depositum: „Le droit civil devait (weshalb?) consacrer enfin cette relation de pur fait déjà sanctionnée per le préteur. Sans doute, les jurisconsultes s'y décidèrent sans peine, quoique à la longue. Ils demeuraient fidèles aux principes du droit, qui avait anciennement reconnu le dépôt sous une première forme (nämlich der Fibucia), en attachant une action civile à ce même acte sous la forme nouvelle qu'il prenait"; — und vom Commodat p. 138: „L'action commodati in factum fut établie par le préteur, comme l'action depositi in factum. Elle était plus nécessaire encore que celle-ci. Mais comment se changea-t-elle en action in jus? Comment un fait auquel le préteur avait attaché une sanction devint-t-il un contrat du droit civil? Peut-être cette métamorphose serait-elle plus difficile à expliquer, même à admettre, que celle qui se produisit dans le dépôt: les jurisconsultes qui y travaillèrent ne pouvaient point se dire qu'ils restaient fidèles aux principes du droit civil, en attachant l'action in jus à la forme nouvelle d'un contrat que ce droit aurait reconnu sous une forme ancienne. Il est possible que le changement qui se produisit pour le dépôt ait sans peine entraîné un changement identique dans le caractère et dans les effets du commodat".

Man bezieht nämlich das sine lege zu judiciis so, als ob Cicero sage, in Klagen, welche nicht auf einer lex beruhen [126]). Hiergegen hat mit Recht Arndts [127]) daran erinnert, daß Cicero vielmehr sagen wolle, der dolus malus werde theils durch Gesetze ausdrücklich mit Ahndung bedroht, theils auch ohne ausdrückliche Gesetze in den bonae fidei judicia. Damit ist jener Ansicht die äußere Stütze entzogen.

Aber wir müssen sie auch für innerlich unhaltbar erklären. Selbst wenn sich über ein obligatorisches Verhältniß noch so viele allseitig anerkannte Rechtssätze im Leben gebildet haben mochten: wo eine jede Klage der Formulirung durch den Magistrat bedurfte, konnte die civilrechtliche Klagbarkeit dieses Verhältnisses nicht auf Gewohnheitsrecht beruhen. Jedes gesetzliche Recht zwar, bei dem das Gesetz selbst nicht etwa die Klage ausschließt, kann ohne weiteres als civilrechtlich klagbar gelten, weil an sich die gesetzlichen Rechte die besten sind, zur vollen Wirksamkeit eines Rechtes aber die Klage gehört [127a]). Anders jedoch ist das mit dem auf Gewohnheitsrechte beruhenden Anspruche. Er kann an sich nicht weiter wirksam sein, als die Gewohnheit ihn anerkannt hat. Nun ist freilich in der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung einer neuen Eigenthumserwerbsart für das durch dieselbe erworbne Eigenthum mittelbar auch die Eigenthumsklage gegeben, weil diese einmal zum Eigenthume gehört [127b]). Zum Begriffe einer rechtlich anerkannten Obligation gehörte dagegen schon zu Ciceros Zeit die Klagbarkeit nicht mehr [128]).

---

126) So z. B. Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 1. S. 471. Compensation 2. Aufl. S. 59 f. zu Note 3. und in dieser Note. Demelius, Ztschr. für RG. Bd. 2. S. 238. Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 9. S. 519. S. auch Asher, Ztschr. für Civilr u. Pr. N. F. Bd. 22. S. 307.

127) Oesterr. Vierteljahrsschr. Bd. 17. S. 188. vgl. freilich Dens. Zeitschr. für RG. Bd. 7. S. 1.

127a) Vgl. *Bruns*, Zur Geschichte der Cession. Berl. 1868. S. 50 ff.

127b) Vgl. Jhering, Geist. Bd. 2. §. 47. (Aufl. 1. S. 667 ff.)

128) Die Naturalobligationen zwischen Gewalthaber und Gewaltunterthänigem kennen schon Servius und Tubero, welche deren Berechnung in die Begriffsbestimmung des Peculiums aufgenommen haben. l. 5. §. 4. (Tubero). l. 9. §. 3. l. 17. (Servius) D. de pec. 15, 1. l. 3. §. 2. D. de statulib. 40, 7. (Id.) S. auch l. 16. D. de in rem verso 15, 3. l. 6. D. de manum. 40, 1. (Alf. Varus).

Uebrigens dürfte es noch sehr fraglich sein, ob sich damals über ein obligatorisches Verhältniß, welches erst damit zum civilen Rechtsverhältnisse werden sollte, überhaupt Rechtssätze im Leben bilden konnten. Mindestens scheint es an Zeugnissen dafür zu fehlen, daß, abgesehen von den Naturalobligationen zwischen Gewalthaber und Gewaltunterthänigem, damals schon allgemeine Mittel angewendet wurden, einer klaglosen Forderung rechtliche Wirksamkeit zu verschaffen, selbst nur mit Hülfe des Prätors [129]). Man wird dieser Ansicht über die Neubildung civiler Klagen auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes vielleicht entgegenstellen die l. 5. pr. D. de O. et A. 44, 7, wo Gajus von der actio negotiorum gestorum sagt, utilitatis caussa *receptum* est, — ideo — *receptum* est. Denn dieser Ausdruck wird von gewohnheitsrechtlichen Bildungen gebraucht. Gewiß; allein es soll noch bewiesen werden, daß er nur von solchen gebraucht werden könne. In der angeführten Stelle ist es um so weniger nöthig, denselben in jenem Sinne zu verstehen, da Gajus in ihr die Motive für die Einführung der actio negotiorum gestorum untersucht, mithin sehr füglich von einer Annahme der Klage reden durfte, auch wenn diese Annahme mittels eines Gesetzes geschehen sein sollte.

Und ebenso wenig verfängt derselbe Ausdruck in l. 1. §. 2. i. f. D. de permut. 19, 4.

> — nudo consensu constitui obligationem — in his dumtaxat *receptum est*, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato.

Die Thatsache, daß wir über die Gesetze nichts wissen, welche die actiones bonae fidei eingeführt haben, wird wohl niemand als einen ernstlichen Grund betrachten, die Existenz solcher Gesetze in Zweifel zu stellen [130]).

---

129) Retentions- und Compensationseinrede; soluti retentio; Verbürgung, Novation, constitutum, Pfandgebung. An speciellen Mitteln fehlte es allerdings nicht. Hierher gehört z. B. der nach dem Satze: dos impensis necessariis ipso jure minuitur erfolgende Abzug dieser Impensen an der Dotalforderung.

130) Worauf die so bestimmte Behauptung Kuntze's, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 9. S. 514. sich gründet, die Einführung der actio fiduciae, des ersten judicium bonae fidei, könne nur ein Werk der Gerichtspraxis gewesen sein, ist

Ganz besonders pflegt die Entstehung der actio rei uxoriae auf die Praxis, und zwar wesentlich auf die Vermittelung der Rechtsgelehrten zurückgeführt zu werden[131]). Allein ein Beweis hierfür ermangelt gänzlich[132]). Gewiß aber werden selbst manche materielle Schwierigkeiten, welche das Verständniß der actio rei uxoriae bietet, weit leichter sich lösen, wenn man ihre Einführung einem Volksschlusse beilegt. Die neu entdeckte lex *Maenia*, welche die Anwendung der actio rei uxoriae erheblich erweitert hat, möchte kein ungewichtiges Zeugniß für diese Ansicht abgeben.

Etwas ganz Anderes, als die gewohnheitsrechtliche Neubildung von Klagen, ist die wissenschaftliche Entwickelung bereits bestehender civiler Obligationen.

Zu den Ergebnissen solcher Entwickelungen gehört insbesondere die wichtige Classe der actiones praescriptis verbis auf Erfüllung der bei einer Leistung bedungenen Gegenleistung.

Aus den Rechtssätzen über die benannten Realcontracte hatte die Wissenschaft das allgemeine civilrechtliche Princip abstrahirt:

in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere —[133]).

---

mir nicht recht klar. Ich sollte vielmehr denken, gerade die Aufstellung des ersten judicium bonae fidei, eine so außerordentliche Handlung, sei weit natürlicher der Gesetzgebung, als der Praxis zuzuschreiben.

von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr Bd. 1. S. 166 f. nimmt an, die Klagbarkeit der Consensualcontracte beruhe auf einem uns unbekannten Volksschlusse des fünften oder sechsten Jahrhunderts durch Ausdehnung der legis actio per judicis postulationem auf jene Fälle. Abgesehen von dieser Modalität kann ich dem nur beistimmen. — Vgl. A. Pernice, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 10. S. 106 f.

131) S. Bechmann, Dotalrecht Bd. 1. S. 59 f. 72 f. M. Voigt, Die lex Maenia de dote S. 2. Kuntze a. a. O. S. 531. Arndts in Ztschr. für RR. Bd. 7. S. 1. 13.

132) Wenigstens kann ich weder in *Gellius* N. A. IV. 3. noch in *Boëthius* ad Ciceronis Top. 17. §. 66. Or. p. 378. einen solchen erblicken.

133) l. 48. D. de pact. 2, 14. (*Gajus* libro 3. ad leg. XII. tabb.) Wenn man annimmt, die lex mancipationis habe stets nur vom mancipio accipiens ausgehen und nur den mancipio dans verpflichten können (abgesehen von dem ganz eigenthümlichen Falle des Mancipationstestamentes): so läßt es sich gar wohl bezweifeln, ob in dieser Stelle statt traditionibus ursprünglich mancipationibus gestanden habe. A. M. noch M. Voigt, Ueber die condictiones sine causa S. 723. Note 657. und A. Pernice, Krit. Vierteljahrsschr. Bd 10.

Hiernach verstand es sich von selbst, daß auch die unter den Begriff eines der benannten Realcontracte nicht fallende datio sub certa lege facta für den Empfänger ein dare facere oportere hervorbringe [134]).

Weiterhin lernte man das Princip noch allgemeiner fassen, indem man der datio jede Leistung von Vermögenswerth für den Empfänger gleichstellte [135]). Daß hierbei im einzelnen Meinungsverschiedenheiten herrschten, darf nicht befremden [136]).

S. 95 f. — S. ferner l. 7. D. de R. Cr. 12, 1. — l. 45. D. de pact. 2, 14. l. 20. §. 1. D. de pact. dot. 23, 4. l. 10. Cod. de pact. 2, 3. l. 1. Cod. de pact. conv. 5, 14. — vgl. l. 17. pr. D de pact. 2, 14. l. 11. §. 1. D. de R. Cr. 12, 1.

134) l. 8. l. 25. D. de praescr. verb. 19, 5. l 6. l. 8. Cod. de rer. permut. 4, 64. l. 9. l. 22. Cod de donatt. 8, 54. l. 3. Cod. de C. E. 4, 38. S. von Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 599. Anm. sub II. von Keller, Institt. §. 136. A. Pernice a. a. O. S. 106 f.

135) S. A. Pernice a. a. O. S. 102 f. l. 25. cit. l. 15. l. 22. D. de praescr. verb. 19, 5. l. 6. Cod. de transactt. 2, 4. Wo der Leistende wissentlich eine Leistung vornahm, welche im Erfolge dem andern Contrahenten nicht, wie dieser meinte, zum Vortheil gereichen konnte, da fand das Princip keine Anwendung, und die einzig statthafte Klage war die actio de dolo l. 15. cit. i. f. l. 5. §. 2. i. f. eod. vgl. l. 7. §. 2. D. de pact. 2, 14. Vgl. A. Pernice a. a. O. S. 105. Nach der letzten Stelle wollte Julian ein civiles Klagverhältniß auch da nicht annehmen, wo bona fide eine der Eviction unterworfne Sache hingegeben war. Dann darf aber auch in l 5. §. 2. cit. i. f. nicht gelesen werden: in factum *civilem* —, sondern nur: in factum (sc. praetoriam). S. A. Pernice a. a. O. S. 91. Vielleicht läßt sich statt einer Interpolation des Wortes civilem ebenso gut annehmen, es seien einige Worte ausgefallen, etwa so, daß Paullus geschrieben habe: in factum ***praetoriam; sed placuit, locum habere incerti actionem*** civilem oder dergl.

Zu dem im Texte aufgestellten Princip stimmt auch l. 4. Cod. de dol. 2, 21, weil die Freilassung für die Gegenpartei keinen Vermögensvortheil bietet.

Vgl. im ganzen A. Pernice a. a. O. S. 90 ff., welcher die Worte id est praescriptis verbis in l. 13. §. 1. und l. 22. D h. t. 19, 5. für ein Glossem hält.

136) Als solche ist l. 5. §. 3. D. de praescr. verb. 19, 5. wohl kaum zu verkennen. Denn das facere hier schlechthin nur von solchen Leistungen zu verstehen, welche für die Gegenpartei keinen Vermögensvortheil bieten, scheint gänzlich unzulässig, vollends im Hinblick auf §. 4. eod. Ebenso willkürlich ist es, mit *Pilette* in der Revue historique de droit Français et étranger. 13. année. p. 287. den Ausspruch des Paullus auf solche Handlungen zu beschränken, deren Ergebniß nicht condicirt werden kann.

Eine bloße Entwickelung des bestehenden Civilrechts ist nun nach meiner Ansicht auch die Aufstellung der actiones depositi, commodati, pignoraticia in jus conceptae. Und zwar eine Entwickelung, welche wenigstens hinsichtlich der Depositenklage einen fast rein theoretischen Charakter trägt, wie solcher zwar vortrefflich mit der Jurisprudenz, nicht aber mit der Praxis vereinbar ist.

Alle die genannten Verhältnisse waren schon civilrechtlich klagbar, aber nur mittels der fiduciae actio. Als nun dauernd die formulae depositi und commodati in factum proponirt wurden, lernte man mehr und mehr Depositum und Commodatum als selbständige Rechtsverhältnisse aus dem umfassenden Begriffe der Fiducia loslösen und schließlich ganz von demselben trennen. So ergab es sich von selbst, daß man die civilrechtlichen Klagen, welche natürlich nach wie vor aus diesen Verhältnissen ertheilt werden konnten, mit den einmal üblich gewordnen Ausdrücken versah.

Für das Depositum freilich war dies, wie bemerkt, ein ziemlich rein theoretischer Act. Für das Commodat dagegen knüpfte sich an die Loslösung aus dem Begriff des Fiduciarcontractes die wichtige Folge, daß dasselbe die infamirende Eigenschaft verlor. Und eben dieser Punct ist es vielleicht gewesen, weswegen auch der contractus pignoraticius vom Fiduciarcontracte getrennt wurde, sofern dies nicht gleichfalls durch Vermittelung einer in factum concepta actio geschehen sein sollte [137]). Es scheint dem Rechtsbewußtsein dieser Zeit nicht mehr entsprochen zu haben, daß jemand wegen des Misbrauches einer fremden Sache, welche ihm wesentlich seines eignen Vortheils halber anvertrauet worden war, infam werde: das Geschäft hat den specifischen Vertrauenscharakter verloren.

Wie es nun kein praktisches Bedürfniß gewesen war, was die Aufstellung der actio depositi in jus concepta veranlaßte, so finden wir sie anscheinend, wie schon gelegentlich bemerkt worden, nicht eben viel im Gebrauch. Man blieb bei der einmal üblich gewordnen formula in factum [138]).

---

137) S. oben Note 108a.

138) S. oben §. 1. Note 8—12. §. 2. Note 34. §. 26. Note 85. 95a. 97. 100. 101. 103. §. 27. Note 118. und den Text dazu über l. 1. §§. 15—31. 33.

Anders war dies vermuthlich beim Commodat. Zwar kann der vorhin erwähnte Umstand, daß das Commodat als besondrer Contract nicht mehr infamirte, schwerlich einen Grund abgegeben haben, vorzugsweise die formula in jus concepta zu gebrauchen; denn selbstverständlich hatte nunmehr auch die formula in factum concepta Infamie nicht mehr zur Folge. Dagegen haben vielleicht zwei andre Umstände den anscheinenden Vorzug[139]) der formula in jus concepta bestimmt, wenn wir denselben nicht etwa für zufällig halten wollen. Zunächst nämlich mochte der Prätor im Interesse des Beklagten hierauf dringen, sofern es anfangs möglicherweise zweifelhaft war, ob derselbe bei der formula in factum concepta connexe Gegenansprüche compensendo oder retinendo[140]) ipso jure, also wohl überhaupt geltend machen durfte[141]). Gegenüber der Depositenklage war von solchen Gegenansprüchen keine Rede. Später, als jener Zweifel beseitigt worden, blieb die Gewohnheit, zur formula in jus concepta zu greifen, wohl durch die Wahrnehmung gestützt, daß nach Lage der Sache die Haftung des Commodatars für culpa verschieden gemessen werden müsse. Denn in Zweifelsfällen stellten gewiß sowohl Kläger als Prätor die Auswahl des geeigneten Maßstabes gern dem Geschwornen anheim, indem sie die formula in jus concepta wählten, während sie behufs sachgemäßer Fassung der andern Formel sich selbst über die Sachlage ein bindendes Urtheil hätten bilden müssen.

Und wenn es auch eine actio pignoraticia in factum concepta gegeben hat, so mag diese aus ähnlichen Gründen der formula in jus concepta praktisch so gut wie gewichen sein[142]).

---

34. 38. 40. 41. 47. l. 7. 9. 11. 21. 32. 34. D. dep. 16, 3. l. 22. D. de exc. rei jud. 44, 2. Ueber l. 13. pr. und l. 19. D. h. t. 16, 3. s. *Desjardins*, Rev. hist. p. 136 f.

139) Desjardins l. c. S. 139. findet die Spur der formula commodati in factum concepta nur in l. 3. §. 1. und in l. 10. pr. D. h. t. 13, 6.

140) Vgl. l. 4. Cod. commod. 4, 23. S. oben §. 26. Note 81. Dernburg, Compens. 2. Aufl. S. 499.

141) Vgl. oben §. 9. vor Note 16.

142) Wenn Desjardins l. c. S. 131 f. zur Unterstützung der Ansicht, die formula depositi in factum concepta sei die ältere, sich auch darauf beruft, daß im Pandektentitel 16, 3. gegen die sonstige Gewohnheit die Edictsmasse

§. 28. Der spätere contractus fiduciae.

Mit der Anerkennung des Depositums, des Commodates, des Pignus als selbständiger Contracte war der alte contractus fiduciae, soweit es sich um Sachübertragung handelt, auf diejenigen Fälle beschränkt worden, in denen Eigenthum unter der Vereinbarung demnächstiger Rückgabe übertragen wurde.

Aber hatten solche Fälle noch eine praktische Bedeutung?

Was zunächst die fiducia cum amico anbetrifft, so ist schon längst bemerkt worden, daß eine besonders wichtige Anwendung derselben durch die Unzulässigkeit der Stellvertretung im Legisactionen-Processe veranlaßt worden sei [143]). Nur auf dem Umwege formeller Eigenthumsübertragung an der schutzbedürftigen Habe war es möglich, hier dem Bedürfnisse jener Stellvertretung nothdürftig abzuhelfen. Mit der Beschränkung des Legisactionen-Processes auf die Centumviralsachen und die gänzlich unbeliebte actio damni infecti war mithin ein Hauptgrund der fiducia cum amico verschwunden.

Nur ganz individuelle Veranlassungen konnten seither dieselbe noch zur Folge haben. So mochte in einer Zeit der Proscriptionen der Eigenthümer, welcher sich dem Angriffe des Machthabers ausgesetzt glaubte, seine Grundstücke einem gesicherter stehenden Freunde übereignen, mit der hoffnungsvollen Abrede, sie in bessrer Zeit zurückzuempfangen [144]). Auf einen andern Fall macht Jhering aufmerksam [145]). Wenn jemand durch einen Stellvertreter eine civile Prädialservitut bestellen oder erwerben lassen wollte, so bedurfte

---

vorangestellt worden sei: so ist dies einfach falsch. Und nicht mehr Gewicht ist auf die Voranstellung des Edictes in l. 1. §. 1. D. h. t. zu legen. Vgl. l. 3. pr. D. de N. G. 3, 5. — l. 1. §. 3. D. si quadrupes 9, 1. vbb. mit pr. ejusd. leg. führt Desjardins selbst an. Auf l. 1. pr. D. commod. 13, 6. können wir uns natürlich nicht berufen.

143) S. z. B. Rudorff, RG. Bd. 2. §. 26. zu Note 10.

144) *Boëthius* ad Cicer. top. 10. Or. p. 340. — velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipat, ut ei, quum tempus, quod suspectum est, praeteriet, reddat. *Gaj.* II. 60. — cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent.

145) Jahrb. für Dogmatik. Bd. 1. S. 315. zu Note 43.

es hierzu der Uebertragung des Eigenthums an dem betheiligten Grundstücke auf diesen Stellvertreter.

Es ist indessen klar, daß derartige Anwendungsfälle kaum noch als wesentlich in Betracht kommen konnten. Und so hat Isidor in seiner Begriffsbestimmung der fiducia [146]) diese Beziehung des Institutes ganz unerwähnt gelassen, wie sie, abgesehen von Gajus, welcher sie bei Gelegenheit der usureceptio nicht gut übergehen konnte, nur in der angeführten Stelle des Boëthius besprochen wird, der sie ohne Zweifel einer in ähnlicher Weise veranlaßten juristischen Notiz entnommen hat.

Auch die fiducia cum creditore pignoris caussa contracta wäre nach der allgemeinen Einführung des pignus und der hypotheca kein unabweisliches Bedürfniß mehr gewesen.

Gleichwohl muß es als unzweifelhaft bezeugte Thatsache gelten, daß der Fiduciarcontract zum Zwecke der Pfandgebung über das Ende der classischen Zeit hinaus in Uebung geblieben ist [147]). Und dies begreift sich auch recht gut. Die Fiducia hat vor den beiden andern Formen der Pfandgebung den großen Vorzug der Publicität voraus. So mußte sie sich da, wo man mit altväterischer Strenge auf Wahrung des bürgerlichen Credites sah, in den italischen Landstädten, neben, ja vor jenen beiden Formen behaupten [148]).

Erhielt sich nun aus jener Rücksicht die Fiducia bei praedia soli Italici, so finden wir sie vermuthlich aus einem andern Grunde nicht minder bei Sclaven in häufigem Gebrauche [149]). Dieser

---

146) Orig. V. 25; 23. *Fiducia* est, quum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur.

147) l. 9. Cod. Theod. de his, quae sub tyrannis 15, 4. a. p. Ch. n. 395. *Ambrosius* de Tobia 12. de odibili foeneratorum exactione. (Citat nach Dernburg, Pfandr. Bd. 1. S. 94. Note 3.) *Sidon. Apoll.* 4, 24. (ebendaher Note 4).

148) Dernburg, a. a. O. S. 93 ff. — Anderseits bot die Pfandgebung durch Fiducia dem Schuldner, welcher eben nicht als solcher vor dem Publicum gelten wollte, ein geeignetes Mittel, das Geschäft als reine Veräußerung erscheinen zu lassen, da das pactum fiduciae zur Form der mancipatio oder in jure cessio nicht gehörte, vielmehr einen „geheimen Artikel" des Gesammtvertrages bilden konnte.

149) *Paullus* R. S. II. 13. §. 2. und in folgenden, mehr oder minder wahrscheinlich interpolirten, Stellen: l. 16. D. de O. et A. 44, 7. l. 22. §. 1.

Grund liegt in dem Rechtssatze, daß der Sclav alles seinem Eigenthümer erwirbt, — einem Satze, dessen praktische Folgen sich auf keinem andern Wege, namentlich auch nicht auf dem Wege der gewöhnlichen Antichresis, erreichen ließen. Zwar genügte schon das blos bonitarische Eigenthum [150]). Allein es ist begreiflich, daß man, falls doch einmal Eigenthum übertragen werden sollte, die voll wirksamste Form der Uebertragung vorzog, welche obendrein ja noch den Vortheil der Publicität gewährte.

Hiernach scheint es durchaus natürlich, daß die neue Begriffsbestimmung des contractus fiduciae, welche durch die Ablösung des Depositums, Commodats, Pignus aus dem ältern weitern Begriffe nothwendig geworden war, sich auf res mancipi beschränkt hielt. In der That finden wir keine Spur, daß außer Sclaven und Grundstücken auch nur andre res mancipi, geschweige res nec mancipi als Gegenstand der fiducia vorgekommen wären [151]).

---

l. 31. D. de pign. act. 13, 7. l. 61. §. 1. D. de furt. 47, 2, l. 2. Cod. de pign. act. 4, 24.

150) *Gaj.* II. 88. *Ulp.* XIX. 20.

151) Hinsichtlich der Sclaven s. Note 149. Grundstücke bilden den Gegenstand in folgenden mehr oder minder wahrscheinlich interpolirten Stellen: l. 16. D. de O. et A. 44, 7. l. 15. D. de pign. act. 13, 7. l. 63. §. 4. D. de a. r. d. 41, 1. l. 23. pr. D. de pign. et hyp. 20, 1. l. 7. §. 13. D. comm. div. 10, 3. l. 49. §. 1. D. sol. matr. 24, 3. = Vat. fragm. §. 94. l. 50. §. 1. cf. pr. D. de J. D. 23, 3. l. 5. §. 3. D. de reb. eor. 27, 9. *Gaj.* II. 59. l. 49. D. de donatt. i. v. et u. 24, 1. Unbestimmt ist das Object gelassen in l. 18. pr. i. f. D. commod. 13, 6. l. 15. l. 22. pr. §. 3. D. de pign. act. 13, 7. l. 13. D. de distr. pign. 20, 5. l. 29. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 36. D. de pec. 15, 1. l. 12. D. de div. temp. praescr. 44, 3. l. 12. §. 2. vgl. mit l. 1. D. de cond. furt. 13, 1: Stellen, welche ebenfalls mehr oder minder sicher als interpolirt gelten müssen, — und in *Paull.* R. S. II. 12. §§. 1. 3. 5. 6. *Vat. fragm.* 51. i. f.

Die einzige Stelle, worin man eine Interpolation für die Fiducia von res nec mancipi hat finden wollen — l. 9. §. 2. D. de supell. leg. 33, 10. — s. *Cujacius* lib. 7. resp. Papinian. ad h. l. *Noodt,* obs. II. c. 10. Ant. *Schulting,* Jurispr. antejust. zu Paull. R. S. II. 13. §. 6. Note 31. p. 286. F. *de Bassewitz,* de Romanorum fiducia etc. Hal. 1858. p. 64 sqq. — braucht keineswegs als interpolirt zu gelten. Es ist recht gut möglich, daß Papinian nur hat sagen wollen: wenn der Erblasser das in seinem Gebrauche befindliche Silberzeug zu legiren willens gewesen ist, so bezieht sich dieses Ver-

Aber gab es nicht noch andre Anwendungsarten des contractus fiduciae, welche keineswegs blos für res mancipi Bedeutung hatten? Gehört nicht namentlich die mortis caussa donatio hierher?[152]) Und wenn trotzdem der contractus fiduciae in classischer Zeit auf res mancipi beschränkt war, liegt darin nicht ein fast unwiderleglicher Beweis dafür, daß er von jeher nur bei solchen Sachen stattfinden konnte?

Wir wüßten in der That nicht leicht zu sagen, was wir dieser Argumentation entgegen halten sollten, — wenn es nur erst feststände, daß wirklich schon zu der Zeit, in welcher der neuere Begriff des contractus fiduciae in der Rechtswissenschaft sich bildete, also zur Zeit der beginnenden Herrschaft des Augustus, jene Anwendung der fiducia auf die mortis caussa donatio vorgekommen sei. Eben das dürfte jedoch füglich bezweifelt werden.

Die Schenkung von Todeswegen ist ein so künstliches Institut[152a]), daß wir ihre Entstehung kaum anders zu erklären vermögen, als indem wir dieselbe auf ein praktisches Raffinement zurückführen. Ihre Bedeutung beruht, wie von Keller scharfsinnig bemerkt[153]), darin, daß der Erblasser durch sie zu erreichen vermochte, was er

---

mächtniß auch auf das ihm zu Pfand und Nutzung gegebene Silberzeug. S. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2. S. 68 f. und die dort Citirten. Vielleicht übrigens hat Papinian ursprünglich von solchem verpfändeten Silberzeuge geredet, welches kraft der lex commissoria dem Gläubiger verfallen war, und infolge des Constantinischen Verbotes dieser Nebenabrede ist danach die Stelle interpolirt, ähnlich wie für l. 101. pr. D. de legat. III. auch Dernburg a. a. O. S. 241. Note 3. annimmt.

152) S. oben §. 24. zu Note 62.

152a) um so mehr, als sie den Beschränkungen der lex Cincia ebenfalls unterlag. v. Keller, Instit. §. 339. S. 351.

153) a. a. O. 352.

Die Zulässigkeit der m. c. donationes unter Ehegatten, welche in den ältesten Spuren dieses Institutes behandelt wird — l. 43. D. h. t. 39, 6. (Fulcinius und Neratius) l. 26. §. 1. (Nerat.) l. 20. (Javol.) D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. (s. unten Note 161) — kann schwerlich der Grund gewesen sein, diese Lehre auszubilden. Für die fiducia kömmt diese Anwendung der m. c. donatio jedenfalls nicht in Betracht, da auch die m. c. donatio unter Ehegatten nur in der Form einer suspensiv bedingten Vermögensvermehrung zulässig ist. l. 11. pr. D. h. t.

auf dem eigentlichen Wege des Legates gar nicht oder doch nicht mit dem vollen beabsichtigten Erfolge sollte bewirken können. Dies setzt voraus einerseits, daß für letztwillige Verfügungen positive Beschränkungen bestanden, und anderseits, daß die mortis caussa donatio, als negotium inter vivos, diesen Beschränkungen nicht unterworfen war. Hiernach wird sich mit mehr oder minder Wahrscheinlichkeit der Zeitpunct bestimmen lassen, in welchem die mortis caussa donatio aufgekommen ist.

Ursprünglich lag die einzige Beschränkung der Legirfreiheit in dem Umstande, daß auch beim Honorirten commercium (später die s. g. testamenti factio als eine vom commercium inter vivos noch getrennte Fähigkeit) [153a]) erfordert wurde. Wer aber diesem Erforderniſſe nicht genügte, der konnte anfangs auch auf dem Umwege der mortis caussa donatio nichts erwerben, weil für allen nach römischem Rechte zu beurtheilenden Erwerb ebenfalls das commercium vorausgesetzt wurde, fremdes Recht jedoch in römischen Gerichten nicht zur Anwendung gelangte. Erst die Einführung des jus gentium ermöglichte einen Erwerb unter Lebenden auch ohne commercium, welcher vor römischen Gerichten Schutz fand. Allein es ist sehr ungewiß, ob schon um die Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. in Rom ein Eigenthum nach jus gentium anerkannt wurde. Und gesetzt auch, dies sei der Fall gewesen: liegt irgend ein Anhaltspunct vor für die Annahme, daß man schon damals ein Bedürfniß gefühlt habe, die den letztwilligen Verfügungen im Erforderniſſe der testamenti factio gesetzte Schranke thatsächlich zu durchbrechen, indem man Peregrinen von Todeswegen Eigenthum übertrug? [153b]).

Eben deshalb mag ich nicht mit von Keller [154]) annehmen, daß schon die lex Furia testamentaria zwischen 550. und 585. d.

---

153 a) Dem Namen nach wohl erst zur Zeit des Prinzipates, der Sache nach schon gegen Ende der Republik. S. M. Voigt, jus naturale etc. Thl. 4. Beil. XII. §. XX.

153 b) Im zweiten Jahrh. n. Ch. G. wurde auch für den Erwerb der m. c. donatio testamenti factio gefordert. M. Voigt, a. a. O. Thl. II. S. 855. Note 943. gegen v. Savigny, Syst. Bd. 4. S. 259.

154) a. a. O. S. 352 und 357 f.

St., das älteste Gesetz, welches die Legirfreiheit positiv schmälerte, neben den Legaten auch die Schenkungen von Todeswegen als ein bereits bestehendes Institut getroffen habe. Die Fassung des Gesetzes ging dahin, daß es, mit gewissen Ausnahmen, niemanden erlaubt sein solle plus mille assibus legatorum nomine mortisve caussa capere[155]). Aehnlich bestimmte die lex Voconia v. J. 585. u. c.: ne cui plus legatorum nomine mortisve caussa capere liceret, quam heredes caperent[155a]). Mir scheint es nun am natürlichsten, den Ausdruck mortis caussa capere für eine absichtlich gewählte unbestimmte, aber eben deshalb auch allgemeine Bezeichnung anzusehen, unter welche alle möglichen der Sache nach letztwilligen Zuwendungen fallen konnten. Oder jener Ausdruck mag als ein Pleonasmus gelten, wie ein solcher in der Sprache der altrömischen Gesetze so gewöhnlich ist. Und endlich sehe ich auch kein Hinderniß ihn von dem conditionis implendae caussa Gegebnen zu verstehen[156]). Umgekehrt dagegen, wie wäre es zu erklären, daß die lex Falcidia v. J. 714. d. St., welche ausdrücklich die erwähnten Beschränkungen

---

155) *Gaj.* II. 255. IV. 23. 24. *Ulp.* init. §. 2. XXVIII. §. 7.

155a) *Gaj.* II. 226.

156) A. M. von Keller S. 357 f. Das. S. 352. wird hierfür noch angeführt *Varro* Fr. III. de vita P. R. [rectius: fragm. de vita P. R. libr. 3.] Ed. Bipont. p. 247 sq. [welche Stelle auch Böcking zu Gaj. II. 225. anführt]: Plebisque scito cautum, ne quid legaret caussave mortis donaret supra asses mille. — Allein diese Stelle ist nicht nur auch sonst ungenau, insofern sich bekanntlich das Verbot der lex Furia nicht gegen den Erblasser, sondern gegen den Honorirten richtete — l. c. s. Rudorff, RG. Bd. I. §. 23. Note 1. Ant. *Schulting* ad Ulp. prooem. §. 2. und dagegen G. O. *Reitz* ad Theophil. ad pr. J. de lege Falcid. 2, 22. —, sondern geradezu unecht. Sie ist erfunden von P. *Merula*, Q. Ennii Poetae cum primis censendi Annalium libb. XVIII. etc. Lugd. Bat. 1595. p. 308 sq., wo als Quelle angegeben wird Calpurnius Piso, de continentia veterum poëtarum ad Trajanum Principem libro II. Von hier hat diese Stelle *Popma* als letztes Fragment des dritten Buches de vita P. R. aufgenommen. (M. Terenti Varronis operum quae exstant. Lugd. Bat. 1601. p. 215.) S. *Jos. Lawicki,* de fraude Pauli Merulae etc. Bonn. 1852. p. 22 sqq. und H. *Kettner*, M. Terenti Varronis de vita P. R. etc. quae extant. Hal. 1863. p. 40. Zweifel an der Echtheit jener Stelle haben schon früher geäußert *Fabrottus* ad Theophil. ad pr. J. de lege Falcid. 2, 22. und *Schulting* ad Ulp. prooem. §. 2. cf. Theophil. l. c. ed. G. O. *Reitz*.

der Befugniß aus letztem Willen zu erwerben aufhob [157]), ihre, im fiscalischen Interesse verfügte, Beschränkung der Legirfreiheit nicht auf die mortis caussa donationes erstreckt hat, wenn diese bereits ein alt eingebürgertes Rechtsinstitut bildeten, — und vollends, wenn sie bereits von jenen beiden Gesetzen speziell mitbetroffen worden waren? Oder sollen wir etwa annehmen, die lex Falcidia selbst habe recht handgreiflich das Loch zeigen wollen, durch welches man ihrer Vorschrift entschlüpfen könnte?

Ganz selbstverständlich aber ist jenes Stillschweigen der lex Falcidia von der mortis caussa donatio, wenn wir davon ausgehen, daß die lex Furia und die lex Voconia dieses Institut noch nicht gekannt haben. Denn zur Entstehung desselben konnten auch diese beiden Gesetze um deswillen keine Veranlassung geben, weil jedenfalls die mortis caussa donatio unter den Begriff der mortis caussa capio gezogen worden wäre. So gab es denn noch zur Zeit der lex Falcidia die mortis caussa donatio so wenig als das Fideicommiß in der Bedeutung von Rechtsinstituten.

Ja, selbst durch die lex Falcidia scheinen die mortis caussa donationes nicht unmittelbar hervorgerufen worden zu sein. Mindestens wäre es sonst auffallend zu nennen, daß die lex Julia v. J. 757. und die lex Papia Poppaea v. J. 762. d. St. ihre Vorschriften über die Incapacität nicht auf die mortis caussa donationes erstreckt haben. Freilich schweigen jene Gesetze auch von den Fideicommissen. Aber, will man nicht annehmen, daß auch die Fideicommisse damals noch nicht als Rechtsinstitut anerkannt worden seien [158]), so läßt sich dieses Schweigen auch durch den Umstand erklären, daß sich damals noch keine festen Rechtsgrundsätze über die Fideicommisse gebildet hatten, ihre Beurtheilung vielmehr gänzlich von dem Ermessen der Consuln abhing, welche demnach ein in fraudem legum auferlegtes Fideicommiß gar leicht unwirksam machen

157) l. 1. pr. i. f. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

158) Dies ist recht gut möglich, namentlich, wenn man mit Schrader zu pr. J. de codicill. 2, 25. ad v. L. Lentulus annimmt, der Lentulus, dessen Codicill zu der fraglichen Verfügung Anlaß gegeben hat, sei der Consul vom J. 751. d. St. Allerdings muß alsdann Trebatius ein hohes Alter erreicht haben.

konnten. Auch mochten Fideicommisse damals noch immer als etwas Außergewöhnliches gelten [159]).

Die lex Julia et Papia aber ist es vermuthlich gewesen, was zu der häufigern Anwendung zunächst der Fideicommisse und späterhin auch der mortis caussa donationes Veranlassung geboten hat. Bis zum Senatusconsultum Pegasianum [160]) (vermuthlich unter Vespasian 70—80. p. Ch. n.) werden vorzugsweise die bequemeren Fideicommisse zur Umgehung der lex Julia et Papia angewandt worden sein; seitdem wird man sich zu gleichem Zwecke der mortis caussa donationes bedient haben. In der That scheinen Fulcinius und der diesen allegirende Neratius [161]) die ältesten Juristen, welche von der mortis caussa donatio gehandelt haben. Ein Senatusconsult, dessen früheste Spur sich bei Africanus findet [162]), dehnte die Vorschriften der lex Julia et Papia über die Incapacität auf die Schenkungen von Todeswegen aus [163]). Die Interpretation verstand dies auch von der Incapacität der Latini Juniani ex lege Junia Norbana [164]); und Septimius Severus endlich bezog auch die lex Falcidia auf die mortis caussa donatio [165]), was

159) §. 1. J. de fideic. hered. 2, 23. vbb. mit pr. cit. J. de cod. 2, 25. Hierfür spricht auch der Umstand, daß noch die lex Junia Norbana v. J. 772. d. St. die Incapacität der Latini Juniani auf Fideicommisse nicht erstreckt hat. *Gaj.* II. 275. *Ulp.* XXV. 7.

160) *Gaj.* II. 286 a.

161) l. 43. D. de m. c. donatt. 39, 6. l. 26. §. 1. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. Neratius unter Trajan ist der älteste Jurist, welcher den Fulcinius anführt; nächst ihm Pomponius — l. 29. pr. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. — und Gajus — l. 29. D. de relig. 11, 7. — Nächst dem Neratius behandeln unsre Lehre Javolenus — l. 20. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. — Julian — l. 4. l. 11. §§. 1. 3. 10. eod. l. 2. l. 13—21. l. 31. §§. 1. 3. l. 37. §. 1. D. h. t. —, Africanus — l. 22—24. eod. —, Gajus — l. 4. l. 31. eod. und l. 10. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. Eine allgemeine Erwähnung der *Cassiani* findet sich in l. 35. §. 3. D. h. t.; der *Sabiniani* in l. 11. §. 3. D. 24, 1.

162) l. 22. D. h. t.

163) l. 35. pr. D. h. t. l. 10. 33. D. eod.

164) l. 37. pr. l. 9. eod. Vat. fragm. 259. v. Vangerow, Latini Juniani S. 118 f. A. M. scheint v. Keller, Instit. S. 352 f.

165) l. 5. Cod. ad leg. Falcid. 6, 50. l. 2. Cod. de donatt. m. c. 8, 57. l. 32. §. 1. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1.

für Fideicommisse bekanntlich bereits durch das SC. Pegasianum geschehen war.

Nach dieser Ausführung dürfen wir also nicht annehmen, daß bereits im zweiten Jahrzehnt des achten Jahrhunderts der Stadt die fiducia auf die mortis caussa donatio angewandt worden wäre. So konnte bei der neuen Begriffsbestimmung des contractus fiduciae auch keine Rücksicht auf diese Anwendung stattfinden[165a]). Vielmehr mußte die letztere, als sie demnächst eintrat, sich den einmal gezogenen Grenzen des neuen Contractes anbequemen[165b]). —

Zum Schlusse noch ein Wort über die actio de perfidia in duplum. Wir haben in §. 25. zu zeigen versucht, daß dieselbe neben der Contractsklage aus der fiducia in ähnlicher Parallele bestehen blieb, wie die actio rationibus distrahendis neben der actio tutelae. Mit der Einengung des Begriffes der fiducia verengerte sich somit auch ihr Gebiet. Aus dem gewöhnlichen Depositum, dem Commodat, dem Faustpfandvertrage wird die actio in duplum nicht mehr gegeben[166]). Diese Aenderung ist allerdings von geringer praktischer Bedeutung, sofern für die Mehrzahl der Fälle einer perfidia in diesen Verhältnissen die actio furti statt hat, neben welcher jene actio de perfidia ohnehin kaum in Betracht gekommen sein würde. Allein das würde für den Prätor ebenso wenig ein Grund gewesen sein, jene Klage hier abzustellen, als er die actio rationibus distrahendis abgestellt hat. Wir wüßten die fragliche Aenderung eben nur mit der geschilderten Veränderung des Begriffes fiducia zu erklären. Hiermit aber ergiebt sie sich von selbst: denn wenn der Prätor sich nicht veranlaßt sah, eine ziemlich unbenutzte Klage in ihrem alten Geltungsgebiete aufzuheben, so konnte er doch noch weit weniger gewillt sein, sie für neugeschaffene Gebiete neu einzuführen.

165a) Auch hierfür zeugt Isidor l. c. (s. oben Note 46), sofern seine Definition einer ältern Quelle entnommen ist. Die Beschränkung des Zweckes auf die Pfandgebung darf freilich nicht als essentiale gelten.

165b) Für die untergeordneten Fälle der Fiducia in l. 49. D. de donatt. i. v. et u. 24, 1. und *Vat. fragm.* 51. i. f. hat dies gar kein Bedenken.

166) l. 1. §. 4. D. dep. 16, 3.

Inhaltsübersicht.

Seite

Man bittet zu lesen:

S. 25. Z. 13. v. u. — will eben — st. will aber.
— 36. — 5. v. o. — erforderte — st. erfordert.
— 45. — 1. und 2. v. u. — der contractus — st. contractus.
— 57. — 17. v. o. — gehören — st. gehen.
— 76. — 5. v. u. — soli, utendam — st. soli utendam.